

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES

IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE PARA O
CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO

CURITIBA
2012

VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES

IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE PARA O
CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná para
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann
Moreira

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

VIVIANÉLI ARAUJO PRESTES

IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE PARA O CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito para a obtenção do título de bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Departamento de Direito Público, UFPR

Primeiro Membro:

Prof. Dr. Rodrigo Kanayama
Departamento de Direito Público, UFPR

Segundo Membro:

Prof. Mestre Rafael Munhoz de Mello

Curitiba, 1º de outubro de 2012.

RESUMO

A Reforma Administrativa do Estado brasileiro da década de 90 do século XX, ao mesmo tempo em que consolidou a noção do princípio da subsidiariedade da atuação estatal, fazendo com que o tema do fomento e os institutos a ele ligados - como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público - ganhassem importância, também é responsável por uma mudança de paradigma no que tange ao controle, elevando o controle de resultados a um papel principal. O presente Trabalho de Conclusão de Curso faz um resgate da abordagem doutrinária sobre o controle administrativo, a partir de seu conceito, classificações e princípios regentes, e do fomento estatal, que se constitui em formas de incentivo de atividades que não são diretamente afetas à atuação pública, mas que são de interesse público. A partir desses pressupostos, apresenta-se o princípio da impessoalidade como um instrumento de fiscalização e controle das atividades fomentadora e fomentada, abordando-se quatro questões debatidas acerca do fomento e sobre as quais o referido princípio tem importantes contribuições a dar: a necessidade de planejamento do fomento, de autorização legislativa para a concessão dos benefícios, de prévia licitação para a escolha dos fomentados e dos sujeitos que com eles contratarão e o regime de responsabilidade aplicável ao Estado fomentador e ao ente fomentado.

Palavras-chave: Controle. Fomento. Impessoalidade. Organizações sociais. Organizações da sociedade civil de interesse público. Planejamento. Autorização legal. Licitação. Responsabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 CONTROLE.....	7
1.1 CONCEITO E FUNÇÃO DE CONTROLE.....	8
1.2 CLASSIFICAÇÕES DO CONTROLE.....	10
1.3 TIPOS DE CONTROLE.....	13
1.4 SUJEITOS CONTROLADORES, MEIOS DE CONTROLE E ATOS CONTROLADOS.....	16
1.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONTROLE.....	18
2 FOMENTO.....	20
2.1 CONCEITO DA ATIVIDADE ESTATAL DE FOMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	22
2.2 ÂMBITOS DE INCENTIVO, CONTEÚDO MÍNIMO DA ATIVIDADE DE FOMENTO, INSTRUMENTOS E CRITÉRIO UNIFICADOR.....	25
2.2.1 Subvenções, auxílios e contribuições, BNDES, OS e OSCIP.....	28
2.3 FOMENTO COMO ATIVIDADE AUTÔNOMA DO ESTADO.....	29
2.4 CLASSIFICAÇÕES.....	31
2.5 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO.....	35
3 IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE PARA O CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO.....	39
3.1 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	41
3.1.1 Planejamento.....	44
3.1.2 Necessidade de autorização legislativa.....	48
3.1.3 Licitação.....	51
3.1.4 Responsabilidade do Estado fomentador e do ente fomentado.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Como é sabido, a mais recente Reforma Administrativa do Estado brasileiro foi iniciada em meados da década de 1990 tendo por objetivos oficiais a reconstrução da administração pública a partir de um viés gerencial e a busca da eficiência na atuação administrativa, com a passagem do controle de meios para o controle de resultados e a democratização das ações públicas.¹

A Reforma foi tida, por uns, como resposta necessária ao modelo de gestão ineficiente e excessivamente burocrático existente até então, enquanto, para outros, tratou-se apenas de um reflexo pernicioso do movimento neoliberal, iniciado nos EUA de Reagan e na Inglaterra de Thatcher.

O que se tem efetivamente, entretanto, é que a Reforma Administrativa levou a significativas mudanças no cenário jurídico nacional. Independentemente da posição que se adote quanto à necessidade ou conveniência de tais alterações, são elas fatos com os quais os juristas brasileiros hoje se deparam e frente os quais não podem permanecer inertes.

De fato, o que movimentou os idealizadores da chamada Reforma Administrativa foi a sobrecarga a que estava submetido o modelo Social do Estado brasileiro, que o impedia de atender de maneira eficiente as necessidades reais de seus cidadãos, sendo, ainda, inúmeras as denúncias de corrupção.

Nesse contexto de necessidade de diminuição das atividades do Estado, propôs-se que a sua atuação se restringisse às decisões fundamentais da vida política, espaço chamado de “núcleo estratégico”, deixando à iniciativa privada os demais campos de atividades.

Nessa conjuntura, a atividade estatal de fomento ganhou nova força. O espaço do qual o Estado se retira, por vezes, num primeiro momento, não é interessante à atuação da iniciativa privada. Cabe ao Estado, portanto, fomentar tais atividades, adotando medidas de caráter positivo ou negativo para que os administrados se sintam interessados em investir em determinadas áreas de interesse social. Nesse contexto, por exemplo, a Reforma Administrativa trouxe figuras como as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos que exercem atividades fomentadas.

¹ Para maiores informações, ver o Plano Diretor da Reforma Administrativa do Estado, editado em 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

Apesar de a Reforma Administrativa ter iniciado a passagem do modelo de gestão burocrático para o gerencial, tentando garantir a eficiência dos serviços estatais – agora reduzidos principalmente à fiscalização das atividades privadas e ao controle do núcleo estratégico – e adotado controles de fins e resultados, e não mais de meios, a cultura administrativa brasileira parece ainda resistir a tais modernizações. Com efeito, o Estado por vezes parece não dar conta da fiscalização das atividades privadas, cedendo a pressões de determinados grupos em prejuízo do interesse dos cidadãos.

Nessas circunstâncias revela-se imperioso o controle da atividade de fomento. São frequentes as denúncias que indicam o mau uso do dinheiro público e o favorecimento pessoal por parte de alguns administradores. Dada a permanência da nossa antiga cultura administrativa, a Reforma de Estado, positiva ao tentar aumentar a eficiência do Estado, acabou também por diminuir as amarras que tentavam controlar as ações estatais perniciosas.

Com isso, só nos resta tentar contribuir para que as atuações estatais se mantenham dentro dos limites legais e do regime jurídico administrativo. No que tange especificamente à atividade de fomento, por seu lado, o controle assume contornos polêmicos, visto que pode atingir diretamente organizações privadas que, ainda que exerçam atividades de interesse social, não devem se subordinar ao regime público de modo integral.

Assim, com o novo fôlego dado ao fomento, devem-se analisar as medidas de controle cabíveis e os problemas que o tema sugere. Vislumbra-se que, para tal exame, o princípio da impessoalidade tem grandes contribuições a dar, já que, enquanto princípio, é capaz de propor soluções satisfatórias para temas não suficientemente tratados pela lei, como se verá; além disso, a partir de seu conteúdo substancial, é instrumento importante na correção de muitos desvios cometidos pela Administração e pelos fomentados. Assim, o referido princípio auxilia não apenas no controle da escolha dos agentes a serem fomentados, mas também na possibilidade de controle das atividades e/ou dos resultados por estes obtidos.

Cabe, por fim, ressaltar que a maior ênfase que se pretende dar ao princípio da impessoalidade se deve não pela inexistência de mecanismos formais e legais de controle, dos quais também não se descuidará este trabalho, mas por se entender que tal instrumento pode servir de parâmetro substancial para a fiscalização das atividades estatais e privadas. Em última análise, por mais que haja previsões formais de meios de controle, é por meio da observação da presença ou ausência de violação a princípios que tal controle se desenvolverá materialmente. E ainda que a lei preveja formas de controle, deverão elas remeter aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, como não poderia deixar de ser numa visão hermenêutico-constitucional do direito, na qual se assentará o estudo.

1 CONTROLE

Tanto o advento do Estado Social como a reforma administrativa brasileira iniciada no fim do século XX não trouxeram mecanismos de controles suficientemente aptos a reger a atuação estatal e o trato da coisa pública em nosso país.

De fato, a emergência do chamado Estado de bem-estar, ao acometer ao Estado inúmeras novas funções, não estabeleceu em contrapartida um maior controle sobre a probidade e a eficiência públicas, o que deveria ter sido exigido em virtude do aumento dos recursos geridos pelo Estado e da cobrança cada vez maior da melhoria dos serviços por parte dos cidadãos-usuários. Agustin Gordillo já alertava que a grande questão a ser resolvida pelo direito administrativo contemporâneo “es cómo controlar una administración pública que por su natural crecimiento ha incrementado de hecho considerablemente las posibilidades materiales de abuso y exceso”².

Já a reforma administrativa brasileira do fim do século XX pugnava pelo ganho de eficiência da ação estatal justamente pela diminuição das amarras controladoras e com o abandono do modelo burocrático de gestão. O que parecia uma solução para a lentidão e o descaso da máquina administrativa acabou por se revelar num verdadeiro afrouxamento de controles sobre uma cultura administrativa que permaneceu corrupta, morosa e incapaz de realizar os serviços a que se comprometeu.

Nesse contexto, a ideia de Montesquieu do controle do poder pela sua tripartição mostra-se cada vez mais obsoleta. A ideia de contenção do poder pelo próprio poder à medida que se distinguem e se controlam mutuamente as figuras daqueles que fazem as leis, executam-nas e com base nela julgam tornou-se claramente insuficiente, deixando o cidadão à mercê de um Estado com cada vez mais poderes e funções. Alerta a esse problema, Bandeira de Mello, acompanhando Forsthoff, afirma que tais “instrumentos de mecanismo burguês, concebidos para defesa do cidadão, vão se tornar insuficientes ou inoperantes”³.

Surge, portanto, a necessidade de que os antigos mecanismos de controle sejam revisitados para que o cidadão permaneça protegido contra a autoridade abusiva do Estado e para que possa ver respeitados seus direitos fundamentais, o que necessariamente perpassa pelos modos de fiscalização de atividades que, como o fomento, são potencialmente

² GORDILLO, Agustin. Problemas del control de la Administración Pública en América Latina. *Cuadernos Cívitas*. [S.l.]: [s.n], 1981, p. 12.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Função controlada do Tribunal de Contas. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p.160-166, jul./set. 1991, p. 161.

desigualadoras e geradoras de desvios administrativos. De fato, o controle é instrumento de garantia da “consecução das finalidades públicas e de proteção dos direitos e interesses dos administrados contra atos lesivos ou simplesmente ilegais da Administração Pública, em todos os âmbitos do governo”⁴.

Desse modo, pretende-se abordar neste capítulo o conceito de controle, os princípios que o regem e as suas classificações. Com tais pressupostos, poder-se-ão alocar mais claramente as questões referentes à necessidade de controle do fomento.

1.1 CONCEITO E FUNÇÃO DE CONTROLE

De acordo com uma visão mais clássica, pode-se dizer que o controle da Administração Pública “é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medidas ou propostas em decorrência do juízo formado”⁵.

Tal acepção, de caráter fundamentalmente comparativo, tem suas raízes na necessidade de fiscalização da arrecadação tributária, instituída com o surgimento do Estado moderno. Entretanto, com a assunção pelo Estado do papel de planejador social e econômico, o controle assumiu uma acepção mais ampla, sendo “condição de instrumento que é para o processo decisório, impulso suficiente ao redirecionamento das ações programadas”⁶.

De fato, o controle realizado pelo cidadão é hoje verdadeiro direito fundamental, como bem nos adverte Jacoby Fernandes.⁷ E, nesse papel, o controle deixa de ser apenas a comparação entre a atuação estatal e a previsão legal para ser também um instrumento de redirecionamento da atuação administrativa, segundo critérios não só de legalidade, mas também de legitimidade e economicidade, como se verá.

⁴ MENDONÇA, Maria Lírida. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: UNIFOR, 2008, p. 151.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36-37. Para o autor, “o controle que o cidadão exerce ou pode/deve exercer sobre a administração pública” é direito fundamental implícito, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal. Para ele, o direito de petição aos poderes públicos, o direito de deles receber informações de interesse geral ou coletivo, a ação popular e o direito de denúncia aos tribunais de contas representam a instrumentalização desse direito. O autor adverte, ainda, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe, em seu art. 15, o controle como um direito ao prever que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público de sua administração”.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 36 e seguintes.

Marçal Justen Filho, atento à diferenciação entre a clássica definição do controle como comparação entre atividade estatal e sua previsão e a sua função hodiernamente assumida de parâmetro de redirecionamento das ações estatais, distingue essas duas modalidades em controle-fiscalização e controle-orientação.⁸

Apenas com o alargamento do conceito já se percebe que a finalidade do controle passou a dever abranger também a garantia da “consonância [da atuação da Administração] com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”, além do controle chamado de mérito com relação aos aspectos discricionários da atuação administrativa.⁹

Assim, o presente trabalho admite o controle nessa visão mais ampla, enquanto instrumento de melhoria da atuação estatal, e não apenas como mero indicador do desvio entre o planejado e o realizado.

Vista a função do controle, algumas considerações sobre a sua estrutura devem ser feitas. Sayagués Laso afirma que todo procedimento de controle é composto por três partes essenciais: (a) pelos meios pelos quais a informação sobre a atividade a ser controlada chega até o órgão controlador; (b) pela existência de um procedimento, modo ou forma como o órgão de controle emite o juízo sobre o que é controlado; e (c) pela capacidade de os procedimentos de controle gerarem efeitos e darem azo à execução do pronunciamento do órgão de controle, que pode determinar desde a denúncia a outro órgão até a suspensão dos efeitos do ato, por exemplo.¹⁰

A natureza jurídica do poder de controle, entretanto, é controvertida. Enquanto alguns o veem como um quarto poder com características de poder moderador,¹¹ outros não lhe emprestam paralelismo com os poderes clássicos, pois que atuaria na transversal dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, atingindo-os em seu interior ou neles brotando.¹²

Como se verá no item 1.2, a depender de quem recebe as informações e expede conselhos ou juízos de imposição, pode-se entender que o controle atua de fora (controle externo) ou de dentro (controle interno) de cada um dos três poderes de Montesquieu, fazendo variar a natureza jurídica do controle.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1132.

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 735.

¹⁰ SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Montevideu: [s.n.], 1959, p. 441.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ibidem*, p. 160.

¹² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 34.

1.2 CLASSIFICAÇÕES DO CONTROLE

Com relação à classificação do controle, abordaremos as três principais categorizações tratadas pela doutrina: quanto à pertença do órgão controlador ao ente controlado, quanto ao tempo do controle e quanto ao modo de desencadeamento dessa atividade.

A maioria dos autores classifica o controle em externo ou interno conforme o agente controlador seja integrante ou não da estrutura do órgão controlado.

Assim, nos exemplos de Di Pietro, seria interno o controle exercido por cada Poder sobre seus atos e agentes e externo aquele exercido por um Poder sobre o outro, bem como o controle da Administração Direta sobre a Indireta.¹³

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho define o controle interno como

o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto.¹⁴⁻¹⁵

Para se adotar entendimento do mesmo autor, o controle externo pode ser entendido como o “poder-dever atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto”¹⁶⁻¹⁷.

¹³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Ibidem*, p. 737.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1139.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1141. Perceba-se que ao falar em “atuação administrativa própria”, o autor também compartilha da opinião de que a Administração Indireta não sofre controle interno por parte da Administração Central. Outro, entretanto, é o entendimento de Bandeira de Mello. Para ele, “interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração”. A partir desse entendimento, o autor entende que as entidades da Administração indireta e fundacional estariam submetidas a um controle interno procedido pela Administração Direta. Reconhecendo a excentricidade do raciocínio, afirma que “a este último [controle] talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 937). A questão mostrar-se-á importante quando abordarmos as entidades que podem ser sujeitos passivos do fomento, no segundo capítulo.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1147.

¹⁷ Segundo Marcos Nóbrega, há no mundo dois principais sistemas de controle externo: o modelo de Auditor-Geral (Westminster Model) e o modelo de Tribunais de Contas, sendo aquele o mais usado. Resumidamente, enquanto o primeiro modelo é fortemente centralizado na figura do Auditor-Geral, que atua basicamente na produção de relatórios, sem função judicial, realizando controle basicamente de tipo financeiro, o modelo do Tribunal de Contas geralmente é composto por órgãos colegiados, favorecendo o contraditório e emprestando aos seus membros sólidas garantias funcionais e competência para a aplicação de sanções. NÓBREGA, Marcos.

Veja-se que apenas pelas definições dos dois tipos de controle pode se perceber que enquanto o controle interno pode ser exercido sempre que a própria Administração achar necessário, o controle externo depende de previsão legal e autorização constitucional para ser exercido, sob pena de violação da separação entre os três poderes.

Diferencia-se o controle interno das chamadas auto-tutela *stricto sensu* e *lato sensu*, pois, enquanto na auto-tutela *stricto sensu* existe o controle da autoridade administrativa sobre seus próprios atos, a auto-tutela *lato sensu* é exercida sobre subordinados. Apartado disso está o controle interno, realizado por órgão que tem por competência específica realizar atos de controle.¹⁸

Veja-se que a Constituição Federal acolheu a classificação do controle em externo e interno na Seção sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária (artigo 70 e seguintes), dispondo sobre as competências do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas quando do exercício do controle externo da Administração (artigo 71)¹⁹ e exemplificando ações que cabem ao controle interno de todos os poderes (artigo 74)²⁰. Quanto à divisão das competências para a efetivação da atividade de controle, cabe ressaltar que

O Controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: Uma Visão Crítica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out., nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

¹⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 55.

¹⁹ Art. 71 – “I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

²⁰ Art. 74 - “I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações

é ao Tribunal de Contas que compete o exercício e a prática da maioria absoluta das atividades de controle externo, ou seja, o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos e desempenho dos órgãos e entidades da administração direta e indireta.²¹

Quanto ao momento em que o controle é exercido, pode ser ele prévio, concomitante ou posterior à atuação controlada. Como os próprios nomes sugerem, enquanto o controle prévio visa coibir que seja praticado um ato ilegal ou contrário ao interesse público,²² o concomitante é exercido no mesmo momento em que a atuação administrativa se realiza. Já o posterior revisa os atos já praticados a fim de retificá-los, desfazê-los ou confirmá-los.²³

Marcos Nóbrega aduz que o controle prévio deve ser suplementar, visto que é pouco útil para que o governante estabeleça o seu esquema de incentivos, sendo também reduzida a sua capacidade de revelar informações sobre o nível de esforço despendido pelo agente. Quanto ao controle posterior, o autor alerta sobre problemas de inconsistência temporal que podem surgir, visto que muitas vezes o lapso entre a realização da despesa e a ação da auditoria torna inútil a informação obtida pelo controle.²⁴

Por fim, Jorge Silva Censio classifica os procedimentos de controle, conforme a forma com que são postos em movimento, em a) controle de ofício, quando o controlador o inicia por mero juízo de conveniência, sem nenhum tipo de requerimento; b) controle a pedido da parte, “cuando una persona tiene que deducir un recurso o acción o tomar la iniciativa”; e c) controle obrigatório, quando o procedimento se inicia de modo automático conforme a previsão normativa, sem que haja necessidade de manifestação de vontade nem do controlador nem do interessado.²⁵

Ainda é interessante anotar a classificação trazida por Loewenstein. Segundo ela, existem controles verticais e horizontais: enquanto os primeiros baseiam-se em vinculações hierárquicas políticas ou administrativas, como as decorrentes do federalismo, centralização, delegação etc, os controles horizontais vinculam órgãos em igualdade de situação.²⁶

de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.

²¹ PARDINI, Frederico, citado por MENDONÇA, Maria Lírida. *Ibidem*, p. 147.

²² Alberto Ramon Real afirma que os controles preventivos são aqueles que “actúan o pueden actuar antes de la ejecución del acto o antes e independientemente de la promoción de un litigio contencioso-administrativo”. REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 32, p. 5-17, nov./dez. 1974.

²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Ibidem*, p. 736/737.

²⁴ NÓBREGA, Marcos. *Ibidem*.

²⁵ CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 39/40, p. 5-19, jul./dez. 1976, p. 7.

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1965, p. 232 e ss.

Os controles horizontais podem ser ainda intraorgânicos, interorgânicos e extraorgânicos, dependendo se, respectivamente, se exercem dentro de uma mesma organização jurídico-administrativa, ou por um Poder sobre outro ou por mecanismos auxiliares do Estado, como partidos políticos e associações de cidadãos, por exemplo. Vê-se que tal classificação retirada da doutrina estrangeira se sobrepõe, com certa vantagem, em virtude da sua maior abrangência, à tipologia nacional, que adjetiva o controle tão somente em interno ou externo.

1.3 TIPOS DE CONTROLE

Com relação aos tipos de controle, a Constituição Federal, em seu artigo 70,²⁷ admite três variações: de legalidade, de legitimidade e de economicidade.

Para Ricardo Lobo Torres, o controle de legalidade “implica, em uma primeira acepção, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública”, o que abarcaria inclusive o controle dos atos normativos da Administração. “Abrange, também, o exame formal das contas, seus aspectos de certeza, exatidão e correção de números e cálculos”, bem como o controle concreto de constitucionalidade.²⁸

Entretanto, nas palavras de Marcos Nóbrega, no modelo de controle da mera legalidade, “a ação do controle tem muito poucas condições de revelar o nível de esforço do agente e ajudar na modelagem mais adequada dos contratos”, gerando perda de eficiência. Ainda para o autor, um viés excessivamente legalista diminui a efetividade do controle e faz com que a sociedade desconfie da sua utilidade.²⁹ Assim, são necessários outros tipos de controle.

Lúcia Valle Figueiredo entende que o controle de legitimidade é, em último plano, um controle de racionalidade, ultrapassando o mero controle de conformidade com a lei e com o direito, típicos do controle de legalidade. Para a autora, a legitimidade refere-se à

²⁷ Art. 70, *caput* – “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994, p. 266.

²⁹ NÓBREGA, Marcos. *Ibidem*.

consonância com as “prioridades aceitas pela coletividade e as prioridades em nítida correlação com os vetores constitucionais”³⁰⁻³¹.

O controle de legitimidade garante a observância da moralidade e da finalidade pública nos atos administrativos. Nesse sentido, tal controle conjuga-se com a ética, atendendo à impessoalidade e ao interesse público tanto na formação como na execução do ato administrativo.³²

Marcos Vinícius Vilaça, segundo Ricardo Lobo Torres, aduz que a “legitimidade substantiva envolve o bom uso dos recursos públicos”, com “o seu emprego socialmente desejado, tecnicamente factível e economicamente eficiente. A legitimidade substantiva, em suma, mede-se na escala dos resultados”³³.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a legitimidade pode se dividir em três aspectos: legitimidade originária, corrente e finalística. Para que a legitimidade originária seja observada, a fonte do ato a ser controlado deve ser amparada por algum título que confira validade às suas emanções. A legitimidade corrente, por sua vez, exige que os atos dessa fonte atendam sempre a critérios de desempenho, não bastando sua mera qualificação de titularidade. Já a legitimidade finalística é o parâmetro que permite confrontar o que deveria ser realizado e o que realmente foi feito.³⁴

Por fim, retomando Lúcia Valle Figueiredo, o controle de economicidade corresponde à análise do binômio custos-benefícios, dando-se sobre toda a gestão patrimonial da Administração³⁵ e sendo caracterizado pela justa adequação entre as receitas e os gastos públicos.³⁶ Complementando o raciocínio, Jacoby Fernandes, citando José Nagel, afirma que tal controle funciona à luz de aspectos como eficiência, eficácia e parâmetros de desempenho,³⁷ devendo-se, analisar, portanto, se o retorno esperado pela ação administrativa é proporcional às entradas necessárias ao seu custeio.

³⁰ ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antonio de Sousa; BEREIJO, Álvaro Rodrigues. Ministério Público partícipe do Tribunal de Contas e controle substancial ou de mérito. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p. 167-187, jul./set. 1991, p. 168.

³¹ Veja-se que o próprio conceito de legalidade adotado pela ilustre jurista paulista já é amplo, visto que abarca não apenas a conformidade com a lei, mas com o direito como um todo, também incluídos os princípios subordinantes da Administração Pública.

³² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 49.

³³ TORRES, Ricardo Lobo. *Ibidem*, p. 269.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44-45.

³⁵ ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antonio de Sousa; BEREIJO, Álvaro Rodrigues. *Ibidem*.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Ibidem*, p. 267.

³⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 50,

A par dessa tipologia apresentada pela Constituição Federal, a doutrina costuma dividir o controle em de legalidade ou de mérito segundo a natureza da atividade controlada.

Assim, se a atividade controlada é vinculada, o seu controle é meramente de legalidade. Isso porque “o controle de legalidade objetiva verificar se a conduta controlada é compatível com a disciplina prevista numa norma jurídica”³⁸, sendo que a atividade vinculada é prevista detalhadamente pela lei.

Já se a atividade controlada é de caráter discricionário,³⁹ o controle admite também a persecução do mérito do ato administrativo, visando-se “à revisão do conteúdo da decisão discricionária”. Para Marçal Justen Filho, o controle de mérito é mais restrito, visto que o direito lega ao administrador o poder de efetuar escolhas de acordo com seu próprio juízo de conveniência e oportunidade, não podendo o controlador se imiscuir nesse espaço se o âmbito de discricionariedade deixado pela lei não tiver sido extrapolado.⁴⁰

Assim, percebe-se que o controle de legalidade é mais voltado para a correção do ato viciado, podendo gerar a sua anulação. O controle de legitimidade, por outro lado, busca o aperfeiçoamento do ato, não gerando necessariamente a sua invalidação ou a punição do administrador. Assim, o controle de legitimidade age principalmente sob um viés fiscalizatório, podendo ocasionar a revogação ou a substituição do ato.⁴¹

Com a Reforma do Estado, passou-se a falar também no controle de resultados, que vai além do controle de mérito. Nas palavras de Gualazzi, o controle de mérito liga-se tão somente ao início da “execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético, quanto aos resultados finais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada”⁴². Para Flávio Alcoforado e Tiago Cacique Moraes, a lógica dos resultados está baseada na

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1138.

³⁹ “Conforme a los postulados que, para mayor comodidad, podríamos llamar clásicos del Estado de derecho, es en principio el legislador quien posee el poder de decisión sobre los asuntos públicos y así viene a sancionarse en las Constituciones democráticas, que además imponen límites a ese poder. Pero la ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad (...)”. MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 13.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* – Parte introdutória, parte geral, parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 548 e seguintes. Cabe ressaltar que o ato só pode ser revogado se for válido, pois o plano da validade detém anterioridade lógica.

⁴² GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 55. O autor aduz que são três os elementos do controle de resultados: eficiência, eficácia e incidência. Enquanto o controle de eficiência tende a evitar a dispersão de esforços e recursos financeiros, ao controle de eficácia interessa a correta utilização dos objetivos prefixados. Por fim, o controle de incidência mede a efetiva realização de tais objetivos.

comparação entre os compromissos adquiridos pelos governantes (geralmente sob a forma de metas) e os resultados atingidos, tendo sido implementada no país principalmente através da contratualização com o chamado terceiro setor (ver item 2.5).⁴³

Flávio Alcoforado e Tiago Cacique Moraes fazem referência, ainda, a outro tipo de controle, chamado de “competição administrada”, pelo qual a Administração Pública incentiva a criação de concorrência entre prestadores de serviços públicos, favorecendo a melhoria de qualidade e a busca da eficiência.⁴⁴

Nesse contexto de conjugação entre controles clássicos e contemporâneos, Marcos Nóbrega faz um necessário alerta:

o estrito legalismo, fruto da herança continental, sobretudo ibérica, perde força e deve abrir espaço para uma análise mais aprofundada, visando à eficiência. O controle não pode continuar voltado para o passado atado a duas amarras: o legalismo e a burocracia. Dessa forma, quando diante de desafios, reage simplesmente com produção normativa, que é a solução burocrática clássica para resolver problemas. Quanto mais legislação e intrincadas regras processualísticas, mais se abre espaço para comportamentos *rent seeking* e imensos custos de transação. (...) Há pouca, ou nenhuma, preocupação com a eficiência econômica das decisões e a necessidade de reformas torna-se imperiosa para que as instituições de controle possam adequar-se aos imensos desafios do século XXI.⁴⁵

1.4 SUJEITOS CONTROLADORES, MEIOS DE CONTROLE E ATOS CONTROLADOS

Uma vez que o administrador da coisa pública age investido de função, devendo atuar com vistas ao interesse público, é necessário que ele seja capaz de, a qualquer momento, prestar contas das suas atividades; “noutros termos, surge a necessidade de que este esteja à disposição de órgãos que realizem o controle das suas atividades”⁴⁶.

Nesse contexto, o controle pode estar a cargo de qualquer um dos três poderes, ou, ainda, dos Tribunais de Contas ou do Ministério Público, conforme as suas competências.⁴⁷ Não há de se esquecer, entretanto, do controle chamado de informal ou popular, em que o

⁴³ ALCOFORADO, Flávio; MORAES, Tiago Cacique. A responsabilização na gestão das políticas públicas e a contratualização com organizações sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 fev. 2012.

⁴⁴ *Idem, ibidem.*

⁴⁵ NÓBREGA, Marcos. *Ibidem.*

⁴⁶ MENTEN, Arthur Scatolini. Controle da Intervenção do Estado no Domínio Social. In: *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 193.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1134.

próprio povo, representado por um cidadão ou organizado sob a forma de associações, imprensa, OAB, igreja, etc., acompanha e denuncia as atuações administrativas, de modo a enraizar práticas democráticas e exercer seu direito de controle na busca por outros direitos.

Indispensável o alerta feito por Arthur Scatolini Menten, para quem a articulação entre os sujeitos do controle é inafastável, de modo a se evitar a superposição de esforços e a ausência de coordenação, segundo o princípio da razoabilidade.⁴⁸

De maneira sistemática, podem-se classificar os controles parlamentar, judicial⁴⁹ e o efetuado pelos Tribunais de Contas como meios de controle externo à atuação administrativa, cabendo a esses órgãos, em geral, apenas a desconstituição do ato administrativo viciado, e não a sua substituição.⁵⁰

Entretanto, não são objeto deste estudo questões aprofundadas sobre o cruzamento de classificações dos tipos de controle, visto que, quando se abordar o controle específico da atividade de fomento a partir do princípio da impessoalidade, ver-se-ão quais sujeitos atuam mais intensamente em qual tipo de controle.

Por ora, basta dizer que cada um dos sujeitos controladores possui meios próprios de análise da atuação administrativa. Assim, a Administração, por exemplo, recebe recursos administrativos com tal função, o Legislativo julga anualmente as contas do Executivo, o Judiciário analisa mandados de segurança, *habeas corpus*, ações civis públicas e outras ações com o fito de controlar a atividade administrativa etc.

Da mesma maneira, os meios de controle de que dispõem os controladores também serão analisados mais detidamente no capítulo três.

Com relação ao conteúdo material do controle, a Constituição Federal é abrangente. Em seu artigo 70, *caput*, exige que haja fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. A previsão original do parágrafo único incluía como sujeitos passivos apenas pessoas físicas e entidades públicas que utilizassem, arrecadassem, guardassem, gerenciassem ou administrassem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União respondesse, ou que, em nome desta, assumissem obrigações de natureza pecuniária. Entretanto, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a regra passou a submeter a controle também as pessoas físicas ou jurídicas privadas que se encaixem nessas condições. Em

⁴⁸ MENTEN, Arthur Scatolini. *Ibidem*, p. 196.

⁴⁹ O controle por meio do Judiciário é chamado de “controle de correção” por Lúcia Valle Figueiredo, vez que “o Judiciário somente irá agir se e na medida em que sua atuação seja postulada” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito Público: Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 127).

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p. 1149.

virtude dessa previsão é que se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, que os entes fomentados também estão submetidos ao controle naquilo que tange ao seu contato com o dinheiro público. Nas palavras de Carlos Pinto Coelho Motta, “a obrigatoriedade da prestação de contas das entidades privadas, quando lidam com recursos públicos transferidos, tem um fundamento político liminarmente claro e assente no próprio regime republicano, em que os bens e valores públicos são indisponíveis”⁵¹.

1.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONTROLE

Para se ter uma breve noção das balizas que orientam a atividade de controle abordar-se-ão brevemente alguns princípios trazidos por Jacoby Fernandes⁵² que se julga sejam aplicáveis ao controle da atividade de fomento.

Em primeiro lugar, o controle é regido pelo princípio da segregação de funções, vez que deve ser exercido de forma independente, por órgão com estrutura autônoma e cuja função seja exclusivamente a de controlar a atuação administrativa. A importância desse princípio deve-se à necessidade de que o controlador não se confunda com o controlado, para que a imparcialidade de sua função não seja maculada.

Por outro lado, sempre segundo Jacoby Fernandes, o controle também deve ser caracterizado pela independência técnico-funcional. É efeito desse princípio a necessidade de que o órgão controlador não esteja submetido à subordinação hierárquica, principalmente no que tange ao controle externo (ver item 1.2), visto que não existe subordinação no campo da técnica. Com efeito, uma vez emitido parecer técnico de controle, a sua revisão é totalmente desnecessária, visto ser baseado em critérios técnicos e científicos não alteráveis subjetivamente. Tal princípio não só garante que as manifestações de controle não sejam manipuladas, mas também aponta para a necessidade de aparelhamento adequado e suficiente de cada ente incumbido do controle.

Em terceiro lugar, podemos apontar os princípios da relação custo-benefício e da economicidade do controle. Enquanto o primeiro “consiste na minimização de probabilidade

⁵¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Vertentes na Estrutura da Contratação das Entidades Privadas, beneficiadas com Recursos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, ago./set./out. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

⁵² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 38 e seguintes.

de falhas/desvios, quanto ao atingimento dos objetivos e metas”, o segundo aponta que, por ser atividade-meio, “o controle não pode se sobrepor, em custos, aos órgãos que se dedicam à atividade-fim, seja em estrutura material, seja no procedimento imposto”⁵³.

O controle ainda há de obedecer à qualificação adequada, aderindo a diretrizes e normas. Com isso pretende Jacoby Fernandes atentar para a necessidade de seleção rigorosa de pessoal, cuja atualização e aperfeiçoamento devem ser constantes, pois aqueles que têm por função controlar não podem ter menor qualificação que o controlado, sob pena de ser inútil o próprio controle. Devem os agentes controladores, por fim, seguir estritamente políticas públicas, leis e normas em geral, evitando-se assim que o controlador se substitua ao administrador, o que não lhe cabe.

Pelo princípio da confirmação dos objetivos do controle, deseja-se que haja efetivamente a detecção de desvios de forma eficiente, senão prévia. Por outro lado, o da responsabilidade do controle expande a responsabilidade ao encarregado pela execução da atividade controlada. Já o princípio do controle direto aponta para a capacitação dos executores para detectarem por si mesmos as falhas e desvios, enquanto o princípio do reflexo dos planos aponta para a necessidade de que o controle e seus efeitos reflitam o modo como foram planejados.

Por fim, os princípios do controle do ponto crítico e da flexibilidade do controle indicam respectivamente que o controle deve estar voltado para os pontos essenciais da Administração, devendo ser capaz de se modificar conforme surjam alterações e mudanças de paradigmas.

Examinados o conceito, as classificações e as principais decorrências do controle, utilizar-se-á o próximo capítulo para uma breve explanação do que é fomento, para que então se possa analisar a aplicação do princípio da impessoalidade em seu controle.

⁵³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 42.

2 FOMENTO

A partir da análise da classificação e dos tipos de controle já se pode observar que os esquemas clássicos de intervenção estatal encontram-se superados. De fato, a gênese de conceitos como “controle de resultados” e “controle social” se deu em virtude da influência de um novo contexto político, social e econômico, no qual há a necessidade de estabelecimento de novos paradigmas acerca da atuação estatal.

Nessa nova conjuntura, o princípio da subsidiariedade da ação estatal adquire papel central. Na lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, tal princípio, “em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias”. Continua o autor: “A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local”⁵⁴.

Vania Mara Nascimento Gonçalves, após fazer longa análise das origens do princípio, aduz que

o conceito do Princípio da Subsidiariedade, em sua evolução, sempre preconizou que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, naquilo que os particulares não possam ou não saibam fazer por si mesmos. A necessidade de intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia.⁵⁵

Juan Carlos Cassagne decompõe o princípio em duas facetas: em seu conteúdo negativo, o princípio serve de limite à atuação estatal nos campos cuja natureza da atividade imponha a sua assunção pelos particulares; em seu conteúdo positivo, obriga o Estado a intervir se a iniciativa privada se mostrar insuficiente, ainda que apenas no que seja socialmente necessário, sem suprimir nem impedir a atividade dos particulares.⁵⁶

No texto constitucional brasileiro, o princípio da subsidiariedade está contido implicitamente em seu artigo 173, que determina que o Estado só explorará por si mesmo atividades econômicas nos casos necessários à segurança nacional ou de acordo com relevante

⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 40.

⁵⁵ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 106.

⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22.

interesse público, o que marca o caráter excepcional de sua atuação direta no âmbito econômico.

O que se nota, portanto, é que a intervenção estatal deixa de ser precipuamente direta e passa a ser baseada na disciplina e no fomento.⁵⁷ Em classificação semelhante e já clássica na doutrina nacional, Eros Roberto Grau entende que a intervenção estatal pode se dar por três meios: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. Quando o Estado atua diretamente na produção de bens e serviços, pode fazê-lo em regime de monopólio ou de concorrência, caracterizando, respectivamente, intervenção por absorção e por participação. Entretanto, o Estado pode, ainda, editar normas de observância obrigatória para os particulares, intervindo por direção. Já na intervenção por indução, o Estado atua por meio de incentivos aos particulares, principalmente através da atividade de fomento.⁵⁸⁻⁵⁹

Para Luís Roberto Barroso, o “fundamento e o limite” da intervenção legítima do Estado se constituem “na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento”. Desse modo, “a característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico”⁶⁰.

Por seu lado, Egon Bockmann Moreira faz da intervenção estatal verdadeiro instrumento a ser utilizado em favor da dignidade da pessoa humana. Para o autor, não só as falhas estruturais e comportamentais do próprio mercado,⁶¹ mas também problemas típicos dos países subdesenvolvidos, como o baixo nível de poupança para investimentos privados e a falta de interesse dos agentes em investimentos de longo prazo, fazem com que o Estado

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147-148.

⁵⁹ Apesar de o autor restringir a classificação dos tipos de intervenção apenas à intervenção no domínio econômico, entende-se que a tipologia não perde a sua capacidade explicativa também nos casos de intervenção no domínio social, vez que as atividades sociais também podem ser regulamentadas e – o que é relevante para este trabalho – fomentadas.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

⁶¹ Para Ruy Santacruz, são falhas de mercado as externalidades, o poder de mercado e a concorrência imperfeita, sendo que a intervenção deve se dar apenas quando o preço, a quantidade ou a qualidade do serviço forem social e politicamente inaceitáveis. Citado por SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39.

tenha o dever de assumir certo caráter intervencionista.⁶² Entretanto, enquanto a intervenção direta tende a absorver campos que deveriam ser de atuação privada, a intervenção por mera regulação pode acabar não encontrando prestadores das atividades necessárias à sociedade em número suficiente. Disso resulta que a intervenção por indução, especialmente o fomento, ganha especial importância.

Com efeito, Luís Roberto Barroso observa que é do Estado a responsabilidade pela consecução dos princípios da existência digna, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego e da expansão das empresas de pequeno porte – chamados pelo autor de princípios-fim condutores da ordem econômica brasileira. Ainda, para o mesmo autor: “ao mesmo tempo, é dever do Estado, como agente da ordem econômica, criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos fins”⁶³.

2.1 CONCEITO DA ATIVIDADE ESTATAL DE FOMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A conceituação da atividade de fomento envolve uma divergência relevante entre os posicionamentos de Jordana de Pozas e Garrido Falla. Com efeito, enquanto Pozas a define como “a ação da Administração dirigida a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou que se estimam ser de utilidade geral, sem usar a coação nem criar serviços públicos”⁶⁴, Garrido Falla entende a atividade de fomento como “aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo, sem empregar coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfaçam”⁶⁵.

⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 60.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

⁶⁴ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, Madrid, El Instituto, v. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949, p. 46. Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=3&IDN=445&IDA=7421>. Acesso em: 20 fev. 2012. Tradução livre.

⁶⁵ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 379. Tradução livre.

Pelos conceitos, pode-se observar que a divergência se dá quanto ao sujeito passivo da atividade de fomento. Com efeito, para Pozas - e outros autores como Gaspar Ariño Ortiz, Ricardo Rivero Ortega e Augusto de Ataíde -,⁶⁶ apenas os particulares podem ter suas atividades fomentadas. Por outro lado, para Garrido Falla e doutrinadores do peso de Juan Carlos Cassagne, Ramón Parada, Luís Cabral de Moncada e Célia Cunha Mello,⁶⁷ tanto as atividades de particulares como de outros entes públicos podem ser fomentadas.

Garrido Falla entende que uma entidade pública, ao perseguir seus próprios interesses, pode satisfazer necessidades sentidas por outra, daí o seu entendimento.⁶⁸ Divergindo, Augusto de Ataíde aduz que “a necessidade que um sujeito público satisfaz – mesmo quando auxiliado por outro – é sempre uma necessidade pública diretamente satisfeita pela Administração”⁶⁹. Complementando o raciocínio, André Luiz Freire, citando Héctor Jorge Escola, afirma que os entes administrativos não podem ser fomentados por outros entes administrativos porque as suas atribuições são designadas por lei, sendo que qualquer tipo de auxílio entre entes da Administração que desenvolvem atividades públicas sempre será mero exemplo de “colaboração interadministrativa”, nunca fomento.⁷⁰

Observada essa diferenciação e mantidos os demais elementos do conceito para as duas correntes, cabe fazer uma decomposição das principais características do fomento, utilizando-se do método de Célia Cunha Mello:⁷¹ (a) trata-se de exercício de função administrativa; (b) cujo elemento positivo consiste no oferecimento pelo Estado de um favorecimento ao ente fomentado, ampliando a sua esfera de direitos; (c) com elemento negativo subsistente na ausência de compulsoriedade; (d) e elemento finalístico visando à satisfação indireta das necessidades públicas.⁷²

Em outras palavras, a atividade estatal de fomento pode ser entendida como o oferecimento, por parte do Estado, de uma vantagem ou benefício para um particular (ou outro ente da Administração Pública, dependendo da corrente que se adote), a fim de

⁶⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho publico económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 345; ORTEGA, Ricardo Rivero. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca: Ratio Legis, 1999, p. 137; ATAÍDE, Augusto de. *Elementos para um curso de direito administrativo da economia*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1970, p. 110-111.

⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 91; PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 433; MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 493; MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

⁶⁸ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 379.

⁶⁹ ATAÍDE, Augusto de. *Ibidem*, p. 111.

⁷⁰ FREIRE, André Luiz. Responsabilidade Patrimonial na Atividade Administrativa de Fomento. In: *Intervenção do Estado no Domínio Económico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 165.

⁷¹ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 27.

⁷² O critério finalístico é observado por ORTIZ, Gaspar Ariño. *Ibidem*, p. 345.

incentivar a consecução de necessidades públicas. O ente fomentado adere à vantagem de maneira voluntária, se concordar em se submeter parcialmente ao regime de direito público, sendo certo que tal derrogação parcial do regime privado, no mínimo, deverá contar com mecanismos de controle para a fiscalização do cumprimento da atividade que o agente se propôs a realizar.

Portanto, a Administração não age imbuída de seu poder de império ao fomentar atividades, não estando o ente obrigado a aderir ao plano do Poder Público se assim não o desejar. Entretanto, nas palavras de Célia Cunha Mello, “a partir do momento em que manifesta sua vontade de assumir a posição de agente fomentado, obriga-se a atender a todas as condições impostas pelo Estado, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos”⁷³, submetendo-se, portanto, inteiramente aos controles e fiscalizações previstos legal ou consensualmente.

A formação da relação jurídico-administrativa fomentadora, contudo, é de caráter controvertido. Enquanto Villar Palasí, citado por Garrido Falla, entende que tal relação é unilateral, pois que advinda de solicitação do interessado e posterior outorga da Administração,⁷⁴ Juan Carlos Cassagne leciona que a constituição das relações de fomento é bilateral, vez que dependente tanto da solicitação do administrado como da vontade da Administração.⁷⁵ Entretanto, parece ter razão Garrido Falla quando aduz que tal formação pode advir tanto de uma decisão administrativa unilateral como de um procedimento contratual.⁷⁶ Tal orientação é a que se impõe quando se pensa, por exemplo, que certas isenções fiscais são concedidas unilateralmente, enquanto empréstimos sob condições benéficas necessitam de pacto entre as partes. Essa questão ficará mais clara quando da exemplificação de alguns dos meios mais usados de fomento, no item 2.2.⁷⁷

Ainda com relação à formação da relação jurídica de fomento, há discussão relevante quanto ao caráter regrado ou discricionário da atribuição dos incentivos pela Administração.⁷⁸ Merece acolhida a percepção de Ramón Parada, para quem, pelo fato de as ações de fomento não se reconduzirem a um mesmo regime jurídico, é imperativa a análise de cada tipo de estímulo para que se possa determinar se a ação administrativa é ou não discricionária.

⁷³ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 30.

⁷⁴ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 390.

⁷⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 97.

⁷⁶ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 390.

⁷⁷ Cabe ressaltar que a opinião dos três autores trazidos diz respeito especificamente às subvenções. Entretanto, não se vislumbra qualquer motivo para que a discussão não seja estendida para os demais meios de fomento utilizados pelo Estado.

⁷⁸ Interessante anotar a observação de André Luiz Freire, para quem há discricionariedade legislativa, podendo haver ou não discricionariedade administrativa no exercício da atividade. FREIRE, André Luiz. *Ibidem*, p. 166.

Entretanto, para o citado autor, nos casos em que caiba “valoração das circunstâncias de fato concorrentes e controle judicial sobre os respectivos atos de concessão e denegação [do benefício a ser atribuído aos entes fomentados]”, poder-se-ia falar “de um verdadeiro direito subjetivo ao seu reconhecimento”⁷⁹.

Com relação ao término da relação jurídica fomentadora, Cabral de Moncada aduz que a Administração só pode revogar subsídios concedidos quando houver expressa previsão legal ou no caso de descumprimento das condições da relação pelo beneficiário.⁸⁰ Entretanto, Garrido Falla entende que “a Administração pode revogar ou reduzir a subvenção em qualquer momento”⁸¹.

Cabe anotar que Moncada observa um fenômeno que também ocorre em nosso país: a tendência para que alguns meios de fomento (Moncada fala especificamente dos subsídios) passem a ser concedidos diretamente por entidades personalizadas e especializadas da Administração, descentralizando a atividade de fomento. Para o doutrinador, isso se explica pela maior rapidez com que tais concessões são feitas e pela blindagem que a atividade adquire contra as alterações governamentais.⁸²

2.2 ÂMBITOS DE INCENTIVO, CONTEÚDO MÍNIMO DA ATIVIDADE DE FOMENTO, INSTRUMENTOS E CRITÉRIO UNIFICADOR

A seleção, pelo Poder Público, das atividades a serem fomentadas depende basicamente do planejamento realizado pelo governo e das escolhas políticas realizadas pela Constituição.

Assim, sábia a lição deixada por Marcos Juruena Villela Souto: “trata-se, pois, de uma atividade vinculada, não cabendo a atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções sem que amparados por um contexto maior”. Por isso, para o autor, são

⁷⁹ PARADA, Ramón. *Ibidem*, p. 431. A questão adquire importante relevo no caso do fomento realizado através das Organizações Sociais, como se verá no item 2.5, vez que parte significativa da doutrina entende ser inconstitucional a discricionariedade deixada pela Lei ao Ministro de Estado quanto à outorga do título de organização social a entidades sem fins lucrativos.

⁸⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 503-504.

⁸¹ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 392.

⁸² MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 509. No nosso país, é exemplo dessa descentralização o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, como se verá no item 2.2.1.

“indissociáveis o fomento do planejamento, sob pena de quebra do princípio da igualdade”⁸³. Tal questão voltará a ser analisada com maior detença no item 3.1.1.

De modo geral e acolhendo a orientação do citado autor, pode-se dizer que a sede constitucional do fomento está no artigo 174 da Constituição Federal.⁸⁴ Entretanto, cabe notar que a Constituição Federal de 1988, em várias outras passagens, exige que o administrador público incentive e fomenta várias áreas de interesse nacional. Só para citarmos alguns exemplos, temos a competência da União para ordenar o território e promover o desenvolvimento econômico e regional; o fomento familiar pela gratuidade do casamento e pelo incentivo ao planejamento familiar privado; a limitação do poder de tributar sobre as entidades sem fins lucrativos; a competência comum dos entes federativos para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; a competência do Município para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local; o fomento ao turismo; o fomento da atividade rural, pela desapropriação por interesse social; o incentivo ao cooperativismo e às microempresas e empresas de pequeno porte; a promoção do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológicas e o seu incentivo; estímulo à atividade econômica etc.⁸⁵

Como se pode imaginar, o Estado não é obrigado a incentivar todas essas atividades de uma só vez, já que a intervenção em cada uma das citadas áreas depende de planejamento e comedimento, devendo ser observado o princípio da reserva do possível. Não obstante, as atividades dispostas na Constituição como merecedoras de incentivo por parte do Estado são albergadas por normas que detêm uma eficácia mínima, visto que as matérias previstas não podem ser embaraçadas. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que “ainda que os poderes públicos fracionários venham a se omitir na instituição legal de estímulos e incentivos, se lhes está vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, quaisquer daquelas atividades (...) ressalvada a tributação de caráter geral”⁸⁶.

Vê-se, portanto, que são inúmeras as atividades que podem ser fomentadas. De igual maneira, são inúmeros os instrumentos postos à disposição da Administração Pública para

⁸³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39.

⁸⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Ibidem*, p. 40. Diz o *caput* do citado artigo: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁸⁵ Respectivamente, artigo 21, inciso IX, e artigo 43; artigo 226, parágrafos 1º e 7º; artigo 150, inciso VI, alínea c; artigo 23, V; artigo 30, IX; artigo 180; artigo 184; artigo 174, parágrafo 2º, e artigo 179; artigo 218; e artigo 174, *caput*. Para uma análise mais detalhada das atividades que a Constituição Federal orienta que sejam fomentadas, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte introdutória*, parte geral, parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 515-545.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibidem*, p. 514.

incentivar as prestações escolhidas. Apenas para citar algumas das possibilidades, colacionar-se-ão os meios trazidos por Cabral de Moncada. Para o autor, os aludidos instrumentos podem ser de natureza pública, como as subvenções, ou privada, como os contratos de mútuo. Assim, cita como medidas de fomento os benefícios fiscais, a concessão de aval pelo Estado, a garantia de emissão de obrigações, o desenvolvimento do mercado de títulos, os empréstimos e os subsídios.⁸⁷ Marcos Juruena Villela Souto faz referência, ainda, à assistência técnica prestada por certas entidades estatais, à concessão de privilégios especiais e à criação de pólos industriais e comerciais e de sociedades de capital de risco.⁸⁸

Da análise da infinidade de meios postos à disposição da Administração para que ela cumpra com o seu dever de fomentar certas atividades, e diante da dificuldade de se diferenciar a atividade de fomento de outras atividades estatais, como o serviço público e a polícia administrativa, com base em critérios exclusivamente teleológicos, a doutrina costuma explicitar que o elemento identificador da atividade de fomento é “a natureza da ação estatal em razão das técnicas empregadas”, vez que “a distinção entre as diversas formas de atividade administrativa não está no fim perseguido, mas no *modus operandi*, isto é, nos meios ou técnicas operativas do Poder Público”⁸⁹, que, na atividade de fomento, sempre são baseados na persuasão, afastada a obrigatoriedade de o particular se submeter à prestação da atividade escolhida pelo Estado e, conseqüentemente, receber vantagens por isso.⁹⁰

⁸⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 494-502. Subsídios são, para o autor e para a doutrina brasileira majoritária, o mesmo que subvenções. Entretanto, alguns autores usam o termo para se referir especificamente às ajudas destinadas à manutenção de preços políticos ou dirigidas a determinadas atividades. É o posicionamento de TÔRRES, Heleno Taveira. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. Barueri: Manoele, 2005, p. 165.

⁸⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Ibidem*, p. 41-55.

⁸⁹ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 47-48. Sobre a questão, a citada autora adota o entendimento de Garrido Falla, que contraria o entendimento de Entrena Cuesta, para quem o fomento é regido pelo princípio da intercambialidade; para este autor, o fomento é identificado toda vez que a atividade estatal tiver finalidade protecionista – assim, para Cuesta, por exemplo, a atividade de polícia pode empregar técnicas de fomento e a atividade de fomento pode empregar técnicas de polícia. Como visto, Célia Cunha de Mello e Garrido Falla entendem que tal intercambialidade não é possível, pois a atividade de fomento é caracterizada justamente pelo emprego de técnicas persuasórias que visam à obtenção do consentimento do fomentado.

⁹⁰ A noção de consensualidade albergada nas técnicas de fomento é a tônica do Estado subsidiário: “Os mecanismos que permitem a operacionalização desta captação diferenciada do Estado subsidiário, pois, se inserem diretamente dentro dos postulados da democracia participativa direta, em especial na modalidade ‘gestão participativa’”. SOHN, Hassan. *A questão da autonomia privada nos contratos de gestão das organizações sociais*. 2004. 58 f. Monografia de Especialização – Curso de Especialização em Direito Contratual Empresarial, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 8.

2.2.1 Subvenções, auxílios e contribuições, BNDES, OS e OSCIP

Vale indicar, ainda que superficialmente por não ser este o escopo deste trabalho, as formas mais utilizadas de fomento no nosso país, fazendo referência breve às suas disciplinas jurídicas.

As subvenções estão disciplinadas no ordenamento pátrio na Lei nº 4.320/64 e no Decreto nº 93.872/86, sendo definidas por Fernandez Farreres como “atribuição patrimonial a fundo perdido de uma Administração pública em favor de um particular, afetando inicialmente a prestação ao desenvolvimento de uma atividade do subvencionado”⁹¹. O artigo 12, parágrafo 3º, da Lei nº 4.320/64, dispõe que “consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas”, distinguindo as subvenções sociais das econômicas.⁹² O citado Decreto autoriza que as subvenções de caráter social sejam concedidas “independentemente de legislação especial”, enquanto as econômicas dependem de previsão em lei especial (artigos 60 e 61). Veja-se, ainda, que o texto legal admite expressamente o fomento de entidade pública por meio de subvenção social.

Ao lado das subvenções, a Lei nº 4.320/64 também disciplina o auxílio e a contribuição. Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello, tais figuras “são repasses classificados como transferência de capital, devendo ser utilizados ‘para investimentos ou inversões financeiras’ [art. 12, §6º]”. Prossegue o autor: “a diferença entre auxílio e contribuição, por sua vez, está na sua autorização legal: o primeiro deve estar previsto na lei de orçamento, o segundo em lei especial”⁹³.

Note-se, ainda, que a atribuição de dinheiro público a entidades privadas, de forma direta ou indireta, também está submetida às regras da Lei Complementar nº 101, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, principalmente ao disposto no seu artigo 14 e em seu Capítulo IV. Também a Constituição exige em seu artigo 150, parágrafo 6º, lei específica para a concessão de subsídio ou isenção.

⁹¹ ORTEGA, Ricardo Rivero. *Ibidem*, p. 138.

⁹² As subvenções sociais são, na dicção legal, “as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa”, enquanto as subvenções econômicas, “as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”. Advirta-se, todavia, que o art. 5º, II, da Instrução Normativa nº 1/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, veda a destinação de “recursos públicos como contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

⁹³ MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o princípio da isonomia. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 270-271.

Além das subvenções, auxílios e contribuições, cabe fazer referência ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, disciplinado pelo Decreto nº 4.418/2002, vez que é o “principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País” (artigo 3º).

Ao lado dessas figuras, há ainda as Organizações Sociais, regidas pela Lei nº 9.637/98, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, regidas pela Lei nº 9.790/99, que se constituem nos principais mecanismos hoje existentes no país de formação de relação jurídica fomentadora com entidades sem fins lucrativos. Voltar-se-á à análise dessas duas figuras mais detidamente no item 2.5.

2.3 FOMENTO COMO ATIVIDADE AUTÔNOMA DO ESTADO

A doutrina clássica costuma dividir as atividades básicas da Administração Pública em poder de polícia, serviço público e fomento.⁹⁴ Assim, a diferenciação entre essas três atividades é tarefa que se impõe àquele que pretende se aprofundar no estudo sobre as prestações incentivadoras do Estado.

Analisar-se-ão primeiramente as diferenças entre o fomento e o poder de polícia.

Para Jordana de Pozas, o fomento “se distingue da polícia,⁹⁵ porque, enquanto esta promove e reprime, o fomento protege e promove, sem fazer uso da coação”⁹⁶. Ou seja, para o autor, o poder de polícia busca evitar que a ordem social seja turbada, e, na presença de turbacão, cabe-lhe reestabelecê-la coativamente,⁹⁷ enquanto que o fomento não emprega coação. Nesse sentido, Célia Cunha Mello entende que apenas o poder de polícia se vale da imperatividade estatal, podendo ser dotado de autoexecutoriedade.⁹⁸

A principal diferença entre as duas atividades, entretanto, é apontada por Juan Carlos Cassagne, para quem o fomento amplia a esfera de direitos de uma pessoa, ao contrário da

⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 24.

⁹⁵ Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

⁹⁶ POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 46. Tradução livre.

⁹⁷ POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 44. Tradução livre.

⁹⁸ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 43.

polícia, que “limita os direitos individuais com o fim de compatibilizá-los com o bem comum ou com o interesse geral”⁹⁹.

Nesse ponto, deve ser feita uma ressalva. Há autores, como Entrena Cuesta, que entendem que a atividade de polícia se refere à manutenção da ordem pública, enquanto as ações de fomento aludem ao incentivo da melhoria do nível de vida do país. Entretanto, como visto, o fomento se caracteriza pelo uso de técnicas baseadas no convencimento do ente fomentado, sendo indiferente a finalidade de tal atividade.¹⁰⁰

Por outro lado, superado o conceito abrangente de serviço público adotado pela Escola do Serviço Público, da qual Leon Duguit foi o principal pensador, também não há de se confundir essa atividade com o fomento.¹⁰¹ Para Pozas, o fomento “se diferencia do serviço público, pois a Administração, com esta modalidade, realiza diretamente e com seus próprios meios o fim perseguido”, sendo que “o fomento se limita a estimular os particulares para que eles, por sua própria vontade, desenvolvendo uma atividade determinada, cumpram indiretamente o fim que a Administração persegue”¹⁰².

Entretanto, tal distinção deve ser recebida com cuidado, visto que hoje se admite que os serviços públicos sejam concedidos ou delegados aos particulares, deixando de ser prestados diretamente pelo Estado. A diferença entre as duas atividades pode ser observada se se fizer uma sutil alteração no entendimento do mestre espanhol, percebida por Célia Cunha Mello: não se trata necessariamente de observar se a atividade é prestada direta ou indiretamente pelo Estado, mas de se analisar a competência para essa atuação. Assim, para a professora, trata-se de serviço público quando a titularidade da atividade pertence ao Estado, sendo que, no fomento, “compete ao Estado apenas promover e/ou incentivar determinada atividade”¹⁰³. Assim, como bem observa Cassagne, as atividades a serem fomentadas estão no próprio domínio dos particulares, que realizam as suas próprias finalidades.¹⁰⁴

Também aduz Célia Cunha Mello que o serviço público é regido pelo princípio da continuidade e da igualdade, gerando direito subjetivo de fruição pelo cidadão, enquanto o fomento deve ser marcado pela transitoriedade, pela concessão de tratamento diferenciado e pela mera expectativa de direito do fomentado quanto à implementação de certa técnica

⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁰ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 48.

¹⁰¹ Ressalve-se que o próprio conceito de serviço público ainda é extremamente controvertido na doutrina. Sobre o assunto, deixaremos para fazer maiores considerações quando da análise das Organizações Sociais, vez que o assunto adquire especial relevo, vez que se depreende da Lei nº 9.637/98 que tais entidades devem substituir o Estado na prestação de determinados serviços.

¹⁰² POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 46. Tradução livre.

¹⁰³ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 91.

estimulatória.¹⁰⁵ De fato, os meios de incentivo só devem ser utilizados enquanto os particulares não forem capazes de atender às necessidades sociais sem estímulo,¹⁰⁶ sendo recomendável igualmente que haja substituição dos fomentados após certos períodos previamente estipulados. Por outro lado, o Estado não pode fazer diferenciação entre os usuários do serviço público, sendo que tal distinção é ínsita à ideia de fomento, vez que tal atividade baseia-se justamente no tratamento desigual recebido por alguns, que aceitaram desenvolver certas atividades de caráter público. Por fim, como se viu, apesar de a Constituição Federal identificar várias áreas como merecedoras de incentivos públicos, não está o Estado obrigado a concedê-los, vez que tais normas são de eficácia limitada,¹⁰⁷ sendo que pode ser exigida imediatamente apenas a observância de seu conteúdo mínimo, já analisado.

2.4 CLASSIFICAÇÕES

As classificações sugeridas pela doutrina quanto aos meios de fomento são bastante similares, vez que remetem aos ensinamentos de Pozas, responsável por categorizá-los em meios positivos ou negativos e honoríficos, econômicos ou jurídicos.¹⁰⁸

Segundo o autor, são instrumentos positivos de fomento “os que outorgam prestações, bens ou vantagens, e negativos os que significam obstáculos ou cargas criadas para dificultar por meios indiretos aquelas atividades ou estabelecimentos contrários aos que o governante quer fomentar”¹⁰⁹.

Adverte Célia Cunha Mello que há alguns meios negativos que podem ser de caráter coativo, sendo que, nesse caso, não seria possível falar em real instrumento de fomento.¹¹⁰ Garrido Falla, por sua vez, abandona a classificação dos meios de fomento em positivos ou negativos por entender que todo meio negativo se utiliza de coação, dando como exemplos a imposição de imposto a ser pago por pessoas solteiras, para que se fomente o aumento da

¹⁰⁵ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 56-58.

¹⁰⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 25.

¹⁰⁷ Para maiores informações, ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

¹⁰⁸ POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 52.

¹⁰⁹ POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 51-52.

¹¹⁰ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 89-90.

população, e a tributação sobre bebidas alcoólicas como meio de combate ao alcoolismo.¹¹¹ Para os referidos autores, se o critério unificador das atividades de fomento é a técnica utilizada, que deve ser obrigatoriamente de caráter persuasivo, e não a finalidade buscada pelo fomentador, os meios negativos (todos, para Garrido Falla, ou apenas alguns, para Célia Cunha Mello) realmente não podem ser considerados instrumentos de fomento.

Com relação à segunda classificação, Garrido Falla ensina que “os meios de fomento honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público a um ato ou a uma conduta exemplar”¹¹². Cristina Vazquez traz como exemplos de meios honoríficos a concessão de condecorações, títulos, menções especiais, troféus, diplomas etc.¹¹³

Juan Carlos Cassagne observa que o emprego dos meios honoríficos de fomento tem sido criticado pelos partidários das teorias do igualitarismo social, pois certas pessoas seriam tratadas com distinção em relação a outras. De fato, com a queda do chamado Estado absolutista, muitas das honrarias dessa espécie foram abolidas por se entender que violavam o princípio da igualdade. O autor, entretanto, aduz que tal princípio tem aplicação quando situações iguais são tratadas de maneira diferente, o que não ocorre com os fomentados, pois, por já estarem num plano de desigualdade – vez que atendem necessidades públicas – devem de fato ser tratados de modo desigual. Ademais, a função que os meios honoríficos exercem é ímpar, vez que destacam na sociedade exemplos a serem seguidos.¹¹⁴ Nesse sentido, Garrido Falla entende que tais meios de fomento ainda devem ser usados pela Administração, excetuando apenas os casos em que as medidas honoríficas “impliquem o reconhecimento de situações sociais incompatíveis com o regime jurídico estabelecido”, exemplificando com a inadmissibilidade de concessão de títulos de nobreza numa república.¹¹⁵

Célia da Cunha Mello ressalva, ainda, os casos em que o Estado reconhece posteriormente que a conduta de um particular acudiu ao interesse público, pois, nesses casos, a atuação *a posteriori* da Administração não é suficiente para que se entenda que o particular agiu convencido por ela. Entretanto, Ramón Parada admite a possibilidade de que o incentivo seja anterior, simultâneo ou posterior à atividade privada, vez que o reconhecimento posterior

¹¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 383.

¹¹² GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 383. Tradução livre.

¹¹³ Citada por MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 92.

¹¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibidem*, p. 93.

¹¹⁵ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 384. Tradução livre.

de certo ato pode dar à pessoa certas vantagens futuras.¹¹⁶ Adotado este entendimento, poderíamos entender, por exemplo, que a concessão de lauda acadêmica para os melhores estudantes de uma instituição de ensino é medida de fomento na medida em que pode facilitar a admissão em cargo público, vez que tal título pode ser computado em eventual concurso público. Ademais, deve-se observar que a concessão de honrarias, ainda que *a posteriori*, tem certo caráter incentivador na medida em que outras pessoas ou entes intentem realizar os mesmos préstimos públicos a fim de também receberem tratamento diferenciado. Nesse sentido, André Luiz Freire admite que não só a facilitação de condutas pode ser incluída no âmbito do fomento, mas também as sanções positivas ou prêmios, que consistem numa “recompensa pela prática de condutas socialmente desejáveis”¹¹⁷.

A segunda classe de meios de fomentos dessa classificação é a dos instrumentos econômicos. Pozas os conceitua como aqueles que, diretamente, estabelecem a percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório.¹¹⁸

A doutrina costuma ainda subdividir os meios econômicos financeiros de fomento em diretos ou indiretos, dependendo se há desembolso direto de dinheiro pelo erário ou apenas redução na receita pública.¹¹⁹ Assim, as subvenções seriam meios econômicos diretos, enquanto os meios fiscais seriam meios econômicos indiretos.

Gaspar Ariño Ortiz distingue as vantagens econômicas em reais e financeiras. Enquanto as primeiras permitem ao fomentado fazer uso de bens do domínio público, as segundas se subclassificam em meios fiscais, creditícios e subvenções. Enquanto os meios fiscais consistem em isenções e benefícios fiscais, os meios creditícios podem ser exemplificados pela concessão de empréstimos com taxas reduzidas, sendo que as subvenções são disposições de quantias a fundo perdido.¹²⁰ Garrido Falla entende que é também meio econômico real de fomento o oferecimento gratuito de serviços técnicos anteriormente montados pela Administração.¹²¹

Baena de Alcázar critica essa última inclusão feita por Garrido Falla, vez que tais benefícios são prestados de forma direta pela Administração, enquanto o fomento é caracterizado pela prestação indireta.¹²²

¹¹⁶ PARADA, Ramón. *Ibidem*, p. 431.

¹¹⁷ FREIRE, André Luiz. *Ibidem*, p. 167.

¹¹⁸ POZAS, Luis Jordana de. *Ibidem*, p. 53.

¹¹⁹ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 99.

¹²⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Ibidem*, p. 347.

¹²¹ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 386.

¹²² Citado por MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 95.

Ramón Parada admite uma subclassificação dos estímulos econômicos em dinheiro. Para o autor, tais estímulos podem ser: (a) econômicos em sentido estrito, quando são outorgados a particulares a fim de se condicionar a conjuntura econômica, como no caso de manutenção de preços pelo governo; (b) públicos, quando são concedidos a entidades que prestam serviços públicos, como, por exemplo, para a compensação de preços políticos em tarifas cobradas por concessionários; e (c) administrativos, que são os estímulos “concedidos por uma Administração superior a outra inferior”¹²³.

Por fim, existem os meios jurídicos de fomento, que podem ser entendidos como a outorga de um benefício que consista na ampliação da esfera jurídica do fomentado, determinando que este “se beneficie do uso de meios jurídicos excepcionais”¹²⁴. Ariño Ortiz dá outro conceito, aduzindo que tais meios subsistem na “dispensa do cumprimento de leis e regulamentos de caráter proibitivo para obter uma utilidade geral”¹²⁵. Os exemplos mais citados pelos doutrinadores são a concessão do direito de expropriação aos particulares responsáveis por obras ou serviços de interesse público,¹²⁶ se se adota o primeiro conceito, e a autorização para construção acima dos limites máximos permitidos de altura,¹²⁷ se se adota a segunda noção.

Entretanto, novamente atento à ideia de que o fomento é caracterizado não por sua finalidade, mas pelo uso de técnicas de persuasão, Garrido Falla alerta que apenas a dispensa de observância de certas regras pode ser considerada instrumento do fomento, pois a concessão de benefícios excepcionais aos particulares geralmente vem acompanhada de coatividade da atuação administrativa.¹²⁸

Célia Cunha Mello entende que, ao lado dos instrumentos honoríficos, econômicos e jurídicos, também devem ser considerados os chamados meios psicológicos de fomento. A autora afirma que a propaganda e os meios de comunicação de massa de modo geral são extremamente eficientes como condicionadores das opiniões e das condutas dos cidadãos, e, assim sendo, poder-se-ia aceitar a inclusão dos meios psicológicos como instrumentos de fomento quando o Poder Público induz os fomentados a fazerem o que lhe convém.¹²⁹

Entretanto, a maioria dos autores não aceita essa inclusão. André Luiz Freire alega que “tem razão os que negam que os meios psicológicos sejam modalidade de fomento. Com

¹²³ PARADA, Ramón. *Ibidem*, p. 434.

¹²⁴ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 383. Tradução livre.

¹²⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Ibidem*, p. 347. Tradução livre.

¹²⁶ ORTEGA, Ricardo Rivero. *Ibidem*, p. 137

¹²⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Ibidem*, p. 346.

¹²⁸ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Ibidem*, p. 396.

¹²⁹ MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 91-92.

efeito, os meios psicológicos não facilitam e tampouco premiam condutas de interesse público. Apenas procuram influir no comportamento das pessoas”¹³⁰. No mesmo sentido, Mariano Baena del Alcázar afirma que a ausência de oferecimento de vantagens ou benefícios nos chamados meios psicológicos impede que sejam considerados instrumentos de fomento.¹³¹

Interessante notar, como faz Ramón Parada, que a eficácia dos instrumentos de fomento é variável conforme os valores culturais. Assim, não se pode negar que hoje os meios econômicos de estímulo têm muito mais chances de efetivamente lograr a adesão dos entes a serem fomentados do que os meios honoríficos. O autor adverte que, contudo, é comum que um mesmo ato estimulatório contenha mais de um tipo de incentivo.¹³² Assim, por exemplo, a qualificação de uma empresa como microempresa oportuniza a ela não só tributação diferenciada, o que consiste num meio econômico de fomento, mas também lhe permite contar com processos simplificados de registros financeiros, o que é um meio jurídico de fomento.

2.5 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Com a Reforma do Estado brasileiro da década de 90 do século passado, apareceram duas figuras no nosso direito administrativo federal que servem precipuamente à institucionalização da atividade estatal de fomento sobre atividades desenvolvidas por entidades privadas sem fins lucrativos: as organizações sociais, regidas pela Lei nº 9.637/98, e as organizações da sociedade civil de interesse público, disciplinadas pela Lei nº 9.790/99.¹³³

Abordar-se-ão apenas os principais contornos desses dois institutos, a fim de que, no Capítulo 3, possa-se fazer referência a eles, apresentando-se as diferenças que os seus regimes impingem ao controle de suas atividades.

¹³⁰ FREIRE, André Luiz. *Ibidem*, p. 171.

¹³¹ Citado por MELLO, Célia Cunha. *Ibidem*, p. 91.

¹³² PARADA, Ramón. *Ibidem*, p. 431.

¹³³ Paulo Modesto indica que as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público são as sucessoras das antigas entidades de utilidade pública, marcadas por inúmeros problemas, que também eram qualificadas mediante título jurídico. MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

Tanto as organizações sociais (OS) como as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) são integrantes do chamado terceiro setor, representado, para Celso Antônio Bandeira de Mello, pelas entidades não-estatais não voltadas a objetivos empresariais.¹³⁴

As organizações sociais devem ter por objeto o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura ou a saúde (artigo 1º da Lei nº 9.637/98), sendo que a formação de parceria¹³⁵ com o Poder Público é instrumentalizada por meio de contrato de gestão (artigo 5º), “que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução”, e ainda, “os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade”¹³⁶. A sociedade deve ser criada por particulares e se habilitar perante a Administração para obter a qualificação de “entidade de interesse social e utilidade pública” (artigo 11), sendo que eventual descumprimento do contrato de gestão pode acarretar a desqualificação da OS (artigo 16).

Maria Sylvia Zanella di Pietro resume as medidas que podem ser tomadas pelo Poder Público a fim de fomentar as organizações sociais:

destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social.¹³⁷

As críticas quanto à constitucionalidade da Lei das organizações sociais são inúmeras. Celso Antônio Bandeira de Mello observa que a citada Lei não exige nenhum tipo de demonstração de habilitação técnica ou econômica para a pactuação de contrato de gestão, o que fere o princípio da licitação. Por outro lado, para o autor, a previsão da Lei nº 8.666/93 que afasta a necessidade de realizar licitação para a celebração de tais contratos (artigo 24, XXIV) viola o princípio da isonomia e da razoabilidade. O professor afirma, ainda, que a

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 225. Na clássica divisão, o primeiro setor é o *locus* do Estado, enquanto o mercado ocupa o segundo setor.

¹³⁵ Num sentido amplo, as parcerias são todas as formas de sociedade entre o setor público e o setor privado que, sem formar nova pessoa jurídica, a Administração Pública firma com a iniciativa privada para buscar fins de interesse público. Conforme PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40.

¹³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 268.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 268.

qualificação pelo contrato de gestão é verdadeiro ato de graça dos Ministros de Estado, sendo manifestamente inconstitucional a ausência de previsão legal de recurso contra tal decisão (artigo 6º, parágrafo único).¹³⁸ Por fim, cabe atentar para a ressalva feita por Egon Bockmann Moreira quanto à constitucionalidade da transferência de bens e servidores para as OS prevista no artigo 14: “trata-se da utilização de bens públicos por pessoas privadas e da disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública”, o que constitui verdadeira “situação de subordinação hierárquica em relação aos particulares”¹³⁹.

Apesar de as OS exercerem, em geral, atividades privadas com incentivo do poder público, o artigo 20 da referida Lei, ao dispor que decreto do Executivo criará “o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União (...)”, prevê a prestação de serviços públicos pela entidade. Assim, gritante é o intuito do legislador de fugir do regramento jurídico de direito público ao repassar ao setor privado serviços sociais, definidos pela Constituição Federal como deveres do Estado.¹⁴⁰

Já as organizações da sociedade civil de interesse público apresentam menos problemas e incongruências. Tais entidades podem atuar em qualquer uma das áreas previstas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99,¹⁴¹ sendo que o vínculo instituído entre a OSCIP e o Poder Público se dá mediante termo de parceria. Não há na Lei referência a quais formas de fomento

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 239-242.

¹³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 266.

¹⁴⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, p. 269. Observe-se que a autora classifica os serviços prestados pelas OS como serviços públicos sociais, de modo a diferenciá-los dos serviços públicos em sentido estrito, de titularidade exclusiva do Estado. Para demarcar essa diferença, aduzindo que serviços como saúde e educação podem ser livremente prestados pelos particulares, Fernando Aguillar define-os como “funções de Estado”. AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 139.

¹⁴¹ Art. 3º - “I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação; IV - promoção gratuita da saúde; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas”.

ou de cooperação podem se travar entre a entidade e a Administração, havendo alusão apenas ao repasse de bens ou recursos de origem pública.¹⁴²

Nas palavras de Di Pietro,

ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la, a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.¹⁴³

A atribuição do título de OSCIP não é uma atividade discricionária, vez que deve ser realizada sempre que a entidade cumprir os requisitos legais e requerer a qualificação. Também diferentemente do que ocorre com as OS, as OSCIP não recebem a denominação de entidade de interesse social e utilidade pública de modo concomitante com a sua titulação.¹⁴⁴

Pelo artigo 9º da lei regente, a atribuição da qualificação como organização da sociedade civil de interesse público à entidade não lhe garante a formação de termo de parceria com o poder público, o que só ocorrerá se a conveniência e a oportunidade públicas assim o aconselharem.

De modo geral, Paulo Modesto aduz que a concessão de títulos jurídicos especiais às entidades do terceiro setor traz três vantagens principais, consistentes na inserção de tais entidades num regime jurídico específico, padronizando o tratamento a elas dispensado e se revelando num “mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência”, suportando suspensões e cancelamento.¹⁴⁵

Entretanto, o doutrinador também indica que a concessão de tais títulos pode decorrer de certificações indevidas, vez que há a possibilidade da ocorrência de fraudes. Também a padronização excessiva pode consistir num vício do modelo. Modesto indica, ainda, como desvantagem da concessão dos títulos, a insegurança jurídica dela advinda, já que a manutenção do título pressupõe o “cumprimento continuado de certas exigências”, de modo que a entidade fica submetida a eventuais desvios do sistema de controle da Administração.¹⁴⁶

Vistas as características do fomento e os principais meios pelos quais ele se institucionaliza hoje em nosso país, passar-se-á à análise do controle que deve sobre ele recair, a partir principalmente das implicações do princípio da impessoalidade.

¹⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, p. 272.

¹⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*, p. 273.

¹⁴⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Ibidem*, p. 82-83.

¹⁴⁵ MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>. Acesso em: 15 jul 2012, p. 3-4.

¹⁴⁶ MODESTO, Paulo. *Ibidem*.

3 IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE PARA O CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO

A partir de agora se analisará como o princípio da impessoalidade pode contribuir para a discussão acerca do necessário controle sobre a atividade de fomento, identificando-se através desse filtro principiológico não apenas as diretrizes regentes da atividade fomentadora, mas também a possibilidade de fiscalização sobre o desenvolvimento das atividades dos beneficiados.

A escolha pela vertente do controle pela via do princípio da impessoalidade já restou fundamentada na Introdução deste trabalho. Não se deixará, contudo, de analisar os parâmetros legais de controle que incidem sobre os temas a serem abordados, que, como não poderia deixar de ser, remetem diretamente aos princípios que regem a Administração, dando-se destaque àquelas normas que garantem a observância do citado princípio.

Parte-se do pressuposto de que o princípio constitucional da impessoalidade, assim como os demais preceitos que regem a Administração Direta e Indireta, nos termos do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, é extensível, naquilo que couber, aos entes fomentados, vez que tais entidades desenvolvem atividades de interesse público, muitas vezes recebendo recursos públicos. Assim, devem ter seu regime de direito privado parcialmente derogado por disposições de direito público.¹⁴⁷

A extensão de tal derrogação, todavia, é o que se pretende analisar neste capítulo, em que se fará o exame das questões consideradas mais relevantes acerca do controle da atividade de fomento a partir do viés da impessoalidade.

O referido princípio foi escolhido como parâmetro para o controle da atividade fomentadora na medida em que a maior parte das divergências doutrinárias sobre as consequências do fomento tanto para o Estado como para o particular podem ser remetidas às noções albergadas por esse princípio. Por outro lado, como se verá, as principais questões debatidas serão abordadas separadamente, de modo que as implicações do princípio da impessoalidade serão demonstradas caso a caso.

A necessidade de estudo jurídico sobre o tema do fomento foi notada por Santamaría Pastor, que elencou algumas regras que perpassarão todo o raciocínio desenvolvido neste

¹⁴⁷ Cabe ressaltar que a questão adquire especial relevo quando os entes fomentados são particulares, lembrando-se de que parte da doutrina entende que também entes públicos podem ser fomentados por outros entes públicos. Nesse último caso, os entes fomentados submetem-se ao regime de direito público por sua própria personalidade pública.

capítulo. Para o professor, as medidas fomentadoras não podem estar alheias ao princípio da legalidade, devendo-se basear em “regras de transparência, publicidade e livre concorrência entre todos os sujeitos que possam estar interessados em sua obtenção”. Ademais, a sua adjudicação deve se dar mediante procedimentos licitatórios, possibilitando que as ajudas sejam outorgadas aos entes capazes de gerar um maior benefício coletivo, não podendo a obtenção do favorecimento subverter a lógica do merecimento. Por fim, Santamaría Pastor recorda, com base na Constituição Europeia, que os gastos públicos devem obedecer aos critérios da eficiência e da economia, afastando liberalidades no processo de adjudicação das ajudas, que constituem gastos públicos, “e que, portanto, haverão de ser concedidas não só de maneira equitativa (isto é, conforme o princípio da igualdade), mas também eficiente e austera”¹⁴⁸.

Cabe ainda fazer alusão a um último pressuposto necessário, bem notado por Alberto Ramon Real: o controle das atividades fomentadora e fomentada não pode ser de tal modo intenso que lhes prejudique desnecessariamente o seu desenvolvimento natural.

De fato, geralmente a preocupação maior em nosso país é justamente com a ausência ou a debilidade do controle, mas “o excesso de controle paralisante é tão ruim ou pior que a falta de controle”¹⁴⁹, principalmente no tocante à eficiência de tais atividades.¹⁵⁰

Assim, passar-se-á a uma breve introdução sobre o princípio da impessoalidade.

Antes, todavia, ressalte-se que não se entrará aqui na discussão terminológica sobre o conceito de “princípio”, visto não ser esse o escopo deste trabalho. Desse modo, registre-se que o termo será utilizado no sentido adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que é suficiente para os fins deste trabalho. Para o professor,

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹⁵¹⁻¹⁵²

¹⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. V. II. 2ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 349-350. Tradução livre.

¹⁴⁹ REAL, Alberto Ramon. *Revista de direito público*, p. 09. Tradução livre.

¹⁵⁰ Com efeito, nas palavras de Jorge Silva Censio, “o equilíbrio entre a eficácia requerida pela ação administrativa e a proteção dos administrados contra a arbitrariedade está na essência mesma da ciência do Direito Administrativo”. CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 39/40, p. 5-19, jul./dez. 1976, p. 19. Tradução livre.

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 53.

¹⁵² Não se desconhece o sentido dado por Robert Alexy aos princípios, que são, segundo o autor alemão, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Entretanto, tal discussão transcende os propósitos deste trabalho, não se fazendo necessária uma análise mais aprofundada sobre o tema. Para maiores informações, consultar ALEXY, Robert. *Teoria de los*

3.1 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Maria Sylvia Zanella di Pietro atribui quatro significados ao princípio da impessoalidade. Sua primeira faceta seria a vedação do comportamento administrativo que vise a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, vez que o interesse público deve ser sempre o fim perseguido pela atuação administrativa. Num segundo sentido, tem-se a noção trazida por Gordillo, para quem “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que é ele o autor institucional do ato”.

Para a autora, a terceira aplicação desse princípio consiste no reconhecimento da validade dos atos praticados por funcionários de fato em virtude de se considerarem atos do órgão e não do agente público. Por último, a impessoalidade serviria de base às disposições sobre impedimento e suspeição encontradas na Lei Federal sobre o Processo Administrativo (artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784/99), indicando a presunção de parcialidade que atinge as autoridades decisórias que não declaram a sua condição.¹⁵³

O citado princípio funda-se no próprio Estado de Direito. Ainda que em outras épocas já existisse a preocupação em se substituir o “governo de homens” pelo “governo de leis”, apenas na modernidade o princípio enraizou-se na prática política e jurídica, sendo elevado a princípio constitucional.¹⁵⁴ Nas palavras de Cármen Lúcia Rocha, “o Estado de Direito não convive com a personalização do poder conforme o governante em exercício”, pois “a imposição de características pessoais ou, principalmente, de interesses pessoais no Estado de Direito desnatura-o, fere-o e vicia o comportamento que daí venha a nascer”¹⁵⁵.

Há autores que identificam o princípio da impessoalidade com o da igualdade.¹⁵⁶ Outros o confundem com o princípio da finalidade.¹⁵⁷ Há, ainda, uma terceira corrente que

derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

¹⁵³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 68-69.

¹⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 145.

¹⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 146.

¹⁵⁶ Por todos, veja-se o entendimento de Bandeira de Mello, que afirma: “o princípio em causa [impessoalidade] não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 114.

¹⁵⁷ Nesse sentido é a orientação de Hely Lopes Meirelles, para quem “desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de particulares (...)”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

aduz que aquele é um princípio com substância própria.¹⁵⁸ A autonomia que o referido princípio albergou em sede constitucional desautoriza, contudo, uma análise simplista de seu conteúdo. Ademais, da análise das acepções trazidas por Maria S. di Pietro, vê-se que nem todos os seus significados podem ser retirados do princípio da finalidade ou da igualdade.

Assim, Mateus Eduardo Bertoncini aduz que a impessoalidade refere-se à Administração Pública e aos seus agentes, enquanto a finalidade se relaciona à meta que ela deve alcançar.¹⁵⁹ Livia Maria Zago, por outro lado, afirma que os princípios da impessoalidade e da igualdade podem coincidir, mas apenas quando “há tratamento subjetivo, privilégio ou perseguição”¹⁶⁰, ou seja, naquela primeira acepção trazida por Maria Sylvia Z. di Pietro, podendo-se entender, desse modo, que a igualdade é o fundamento do princípio da impessoalidade.¹⁶¹ Lucia Valle Figueiredo complementa o raciocínio exemplificando ser possível existir tratamento igual a elementos de certo grupo, que, todavia, está sendo beneficiado por preferências pessoais do administrador público. Aqui, o princípio da igualdade restaria satisfeito, mas com violação ao princípio da impessoalidade.¹⁶²

Há, ainda, de se diferenciar o princípio da impessoalidade da imparcialidade. De fato, a inexistência de aprofundamento do estudo sobre o princípio da impessoalidade em países como Itália, Espanha e Portugal levou a uma confusão entre os temas, havendo dificuldade em se entender como a Administração pode ser “parte imparcial” nos processos administrativos. De fato, a expressão apresenta uma contradição em seus próprios termos. O certo, para Livia Maria Zago, seria entender a Administração como “parte impessoal”. Com efeito, os dois conceitos se diferenciam na medida em que a imparcialidade é dotada de natureza instrumental, sendo usada quando há necessidade de se fazer ponderação, valoração, sopesamento de interesses. Tal instrumentalidade não necessariamente se observa no princípio da impessoalidade. Se, contudo, na aplicação desse princípio houver ponderação, poder-se-ia entender a imparcialidade como espécie do gênero impessoalidade.¹⁶³

Desse conjunto explicativo, percebe-se que as atuações administrativas não baseadas exclusivamente em critérios objetivos ferem o princípio da impessoalidade, sendo exemplos

¹⁵⁸ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

¹⁵⁹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Ibidem*, p. 103.

¹⁶⁰ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

¹⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 154.

¹⁶² FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.

¹⁶³ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *Ibidem*, p. 360-376.

da sua nefasta violação o nepotismo, a pessoalidade na ação administrativa e legislativa e a promoção pessoal,¹⁶⁴ só para citarmos os mais comuns na experiência brasileira.

Especificamente no que tange à atividade de fomento, o princípio da impessoalidade adquire especial relevância na medida em que veda a escolha arbitrária dos entes a serem fomentados e a seleção de entidades por mera preferência do administrador público. Por outro ângulo, o fomento também pode trazer implicações à livre concorrência, vez que concede benefício a uns em detrimento de outros, que ficam em posição competitiva desprivilegiada. Assim, se não obedecido o princípio da impessoalidade, o fomento pode consistir num meio de o governante prejudicar particulares, concedendo benefícios aos seus concorrentes.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Ana Paula Oliveira Ávila:

Quem, ou qual setor, privilegiar? Quais atividades e quais pessoas fazem jus ao incentivo do Estado? (...) A igualdade e a livre concorrência são princípios fundamentais que, sem sombra de dúvida, condicionam a análise do Administrador, bem como dados objetivos do mercado (...) que não dispensam uma ponderação de todos os interesses em jogo. Mais uma vez, volta-se ao dever de imparcialidade como forma de exercer essa ponderação, fazendo com que animosidades pessoais, interesses de setores economicamente mais fortes e finalidade que só são públicas na aparência permaneçam à margem do processo decisório. Sem imparcialidade, jamais estará garantida a livre concorrência.¹⁶⁵

Resumindo, e para utilizarmos as lições de Ariño Ortiz, para que a ação fomentadora seja conforme aos princípios da igualdade e da impessoalidade, devem ser obedecidos dois critérios, um de ordem formal e outro de ordem material: deve-se seguir um procedimento administrativo que garanta as regras de “publicidade, transparência, objetividade e livre concorrência” ao mesmo tempo em que se assegure não haver discriminação entre os concorrentes à ajuda pública.¹⁶⁶

O conteúdo do princípio da igualdade, que, como se viu, é extremamente imbricado com o princípio da impessoalidade, foi magistralmente delineado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu clássico “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, no qual estabeleceu os parâmetros a serem utilizados para que se possa avaliar se determinada ação é compatível ou não com o citado princípio.¹⁶⁷ Rafael Munhoz de Mello, a partir das lições do mestre paulista, aduz que

¹⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 158-169.

¹⁶⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública: para uma administração parcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 171.

¹⁶⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Ibidem*, p. 373.

¹⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Para o autor, para que a medida diferenciadora seja conforme ao princípio da igualdade, o critério usado não pode singularizar o indivíduo a ser beneficiado, devendo, ainda, ser inerente à pessoa, à coisa

o fomento, para que seja compatível com a isonomia, deve ser exercido de modo que os benefícios e privilégios sejam distribuídos apenas a quem efetivamente se destacar – e, sendo possível, a todos os que se destacarem – pela prática da atividade tida como necessária à satisfação de um certo interesse público, que bem por isso é fomentada pelo Estado; ademais, a concessão dos benefícios e privilégios deve estar voltada para a promoção de valores compatíveis com o texto constitucional, mesmo porque, do contrário, de interesse público não se trataria.¹⁶⁸

Ressalte-se, ainda, não haver dúvida quanto à aplicação do referido princípio às entidades privadas que perseguem fins públicos. De fato, para Livia Maria Zago, o desgaste da burocracia estatal exige a criação de uma teoria geral da atividade administrativa de direito privado, sendo a impessoalidade um dos princípios que melhor se aplicam à situação, vez que se estende mesmo aos particulares que não têm vínculo direto com a Administração.¹⁶⁹

Sendo assim, trar-se-ão quatro questões que correntemente surgem quando do estudo do fomento estatal e sobre as quais o princípio da impessoalidade tem contribuições a dar. São elas: a) obrigação de a atividade de fomento ser prevista no planejamento; b) obrigatoriedade de previsão legal específica para concessão da medida fomentadora; c) necessidade de se realizar licitação para escolha do ente fomentado e das entidades que com ele se relacionam; e d) regime de responsabilidade a que estão submetidos os entes fomentados e o fomentador.

Cabe ressaltar que o presente trabalho não tem por escopo sugerir que o princípio da impessoalidade pode emprestar uma solução definitiva aos quatro temas postos. O que se pretende, tão somente e como deve ser numa monografia, é apresentar as temáticas escolhidas a partir de um ângulo que considere as implicações que o referido princípio pode tomar quando se trata da atividade de fomento.

3.1.1 Planejamento

Viu-se que o princípio da impessoalidade aplicado à atividade de fomento determina a seleção de setores da atividade privada a serem incentivados a partir de critérios objetivos, com base fundamentalmente nas escolhas constitucionalmente previstas (item 2.2).

ou à situação. Ademais, o tratamento desigual deve ser logicamente decorrente do fator diferenciador escolhido e proteger valores protegidos constitucionalmente.

¹⁶⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Ibidem*, p. 279.

¹⁶⁹ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *Ibidem*, p. 228 e 350.

Para tal, necessariamente deve haver previsão da concessão dos benefícios num plano, em que os setores a serem beneficiados sejam preliminarmente identificados e a escolha seja devidamente motivada, a fim que tal seleção não se dê ao bel prazer do governante.

Conforme a lição de Ana Paula Oliveira Ávila, “o cuidado para que a igualdade não seja violada implicará o dever de imparcialidade também na atividade de planejamento”, sendo que “os próprios planos devem ser elaborados tendo em vista necessidades objetivamente verificáveis e não para o atendimento de interesses aleatórios”¹⁷⁰.

O planejamento da atividade de fomento deve se inserir no âmbito mais amplo do planejamento total da atividade estatal. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a “técnica de planejamento (...) se trata de um conceito instrumental, que consiste, basicamente, na organização racional de meios e de atividades para alcançar objetivos predeterminados”¹⁷¹, materializando-se nos planos.

Almiro Couto e Silva identifica três tipos de planos: os indicativos, os incitativos ou estimulativos e os imperativos. Enquanto nos planos indicativos o poder público apenas sinaliza algumas áreas de interesse, sem, todavia, pretender a adesão da iniciativa privada, os planos imperativos são de observância obrigatória para os particulares. No meio termo encontram-se os planos incitativos, nos quais medidas de fomento são dispostas a fim de que a iniciativa privada se disponha a colaborar com as necessidades públicas.¹⁷²

Note-se que o planejamento faz a ligação entre o sistema político e o sistema econômico da Constituição. De fato, seguindo a lição de Marcos Juruena Villela Souto, pode-se dividir a atividade de planejamento em duas etapas. Num primeiro momento, faz-se o diagnóstico das situações que exigem soluções, levantando-se as prioridades e analisando-se os custos decorrentes. Em segundo lugar, definem-se os “recursos materiais, humanos e financeiros”, a fim de que os objetivos gerais se materializem em programas, o “que não implica a execução direta pelo Estado e, sim, da iniciativa privada, incentivada por instrumentos de fomento, sempre que esta se revele mais eficiente”. É a fase do prognóstico, que deve representar a vontade popular.¹⁷³ De fato, a escolha de prioridades pelo governo e a seleção dos meios para a solução dos problemas apontados perpassa necessariamente por uma opção política e ideológica feita pelos governantes, que devem se ater ao programa partidário pelo qual foram eleitos.

¹⁷⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Ibidem*, p. 173.

¹⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibidem*, p. 516.

¹⁷² COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento econômico. *RDP*, nº 63, p. 129.

¹⁷³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 97.

Assim, ao mesmo tempo em que o planejamento induz à observância da impessoalidade e da igualdade, exigindo que os incentivos a serem concedidos pelo Estado estejam dentro de um âmbito maior de considerações acerca das reais necessidades da população, sem que sejam outorgados apenas por meras liberalidades pessoais, faz com que o princípio republicano seja reafirmado, vez que a escolha dos setores a serem beneficiados é, pelo menos teoricamente, compatível com as necessidades identificadas como prioritárias pelo próprio povo.¹⁷⁴

Assim, a seleção de determinados setores a serem fomentados em detrimento de outros é absolutamente compatível com o princípio da impessoalidade, desde que a escolha seja devidamente fundamentada conforme os interesses escolhidos pelo povo como preferenciais.

No Brasil, dada a previsão do artigo 174, *caput*, da Constituição Federal,¹⁷⁵ os planos são indicativos para o setor privado e impositivos para o Poder Público, ou seja, os particulares não podem exigir o seu cumprimento, sendo que a Administração só pode agir conforme as previsões. Ressalve-se que a Administração não está obrigada a agir, mas, se optar por assim proceder, necessariamente deverá se ater ao que foi previsto.

Se existirem previsões no plano acerca de medidas de fomento, portanto, a iniciativa privada não pode exigir que a Administração lance editais para a escolha de entes a serem fomentados. Só existirá direito para o particular depois de realizado o processo de seleção, a partir do quê nascem privilégios e deveres para ambos os parceiros.

O planejamento da atividade estatal no país se dá basicamente por três instrumentos: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (POA).¹⁷⁶ Em geral, a Lei de Diretrizes Orçamentárias traz os setores a serem beneficiados pelas medidas de fomento, em atenção ao previsto no artigo 165, parágrafo 2º, da Constituição Federal.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Vale transcrever trecho do conceito dado ao princípio da impessoalidade por Livia Maria Zago, que observa astuciosamente que o próprio conteúdo do referido princípio admite a integração entre diferentes interesses públicos: “o princípio da impessoalidade é (...) garantia a uma Administração Pública proba e eficiente, obtida pela imposição de condutas tendentes à realização do interesse público geral, caracterizado e valorado objetivamente, sem a ingerência de interesses públicos ou privados, admitida apenas a ressalva de outro interesse público específico e compatível.” ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *Ibidem*, p. 389.

¹⁷⁵ Art. 174 – “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

¹⁷⁶ Os referidos instrumentos são disciplinados no artigo 165 e seguintes da Constituição Federal.

¹⁷⁷ Art. 165, § 2º - “A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

Assim, a título exemplificativo, a LDO nº 12.465/2011 trata, do artigo 30 ao 35, dos repasses para as entidades privadas, dispondo sobre subvenções, contribuições e auxílios para as entidades sem fins lucrativos, enquanto as disposições sobre a política de aplicação dos recursos das agências financeiras oficiais de fomento encontram-se a partir do artigo 86. Nesse último caso estão expressas as áreas que deverão ser prioritariamente beneficiadas.¹⁷⁸

Rodrigo Pagani de Souza aponta para o risco de clientelismo na elaboração das leis orçamentárias anuais, aduzindo que, em muitos casos, a LOA já aponta nominalmente a entidade que deve ser beneficiada pelas medidas de fomento. Aduz o autor que a perniciosidade da conduta vai além dos vícios decorrentes da escolha sem procedimento licitatório (ver item 3.1.3), vez que o Legislativo não chega sequer a verificar se a entidade preenche os requisitos necessários à sua escolha, vez que isso seria afeto ao Executivo.¹⁷⁹

Nessa situação, a impessoalidade resta enfraquecida. Nas palavras de Cármen Lúcia Rocha, “a produção de leis, que determinem a subsequente atividade administrativa personalizada e privilegiadora dos próprios integrantes do Poder Público, é exemplo de ruptura ao princípio da impessoalidade”¹⁸⁰.

O ideal seria que as leis orçamentárias apenas previssem a alocação de recursos para as áreas escolhidas, enquanto as leis especiais (quando necessárias) previssem critérios de seleção entre as entidades que atuam no âmbito escolhido. Especificamente quanto à necessidade de autorização legislativa especial para a formação de determinada relação fomentadora, dedicar-se-á o tópico abaixo.

¹⁷⁸ Art. 86 – “As agências financeiras oficiais de fomento, respeitadas suas especificidades, observarão as seguintes prioridades: I - para a Caixa Econômica Federal, redução do déficit habitacional e melhoria das condições de vida das populações em situação de pobreza, especialmente quando beneficiam idosos, pessoas com deficiência e mulheres chefes de família e militares das Forças Armadas que moram em áreas consideradas de risco, via financiamentos e projetos habitacionais de interesse social, projetos de investimentos em saneamento básico e desenvolvimento da infraestrutura urbana e rural; II - para o Banco do Brasil S.A., aumento da oferta de alimentos para o mercado interno, especialmente de alimentos integrantes da cesta básica e por meio de incentivos a programas de agricultura familiar, e da oferta de produtos agrícolas para exportação e intensificação das trocas internacionais do Brasil com seus parceiros; III - para o Banco do Nordeste do Brasil S.A., Banco da Amazônia S.A., Banco do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal, estímulo à criação de empregos e ampliação da oferta de produtos de consumo popular, mediante apoio à expansão e ao desenvolvimento das cooperativas de trabalhadores artesanais, do extrativismo, do manejo de florestas de baixo impacto, da agricultura de pequeno porte, da pesca e das micro, pequenas e médias empresas; (...)”

¹⁷⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde. In: Modesto, Paulo; Cunha Júnior, Luiz Arnaldo Pereira da. *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107-139, p. 119.

¹⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 167.

3.1.2 Necessidade de autorização legislativa

Como visto no tópico anterior, para que o fomento atenda ao princípio da igualdade e da impessoalidade é necessário que haja previsão das medidas no plano de atuação estatal. Entretanto, há divergência doutrinária quanto à necessidade de previsão legislativa específica sobre a concessão de benefício ou incentivo individualmente a um setor ou a um particular.

A questão relaciona-se com os referidos princípios na medida em que a previsão legislativa consistiria num instrumento de controle a mais da escolha do particular a ser beneficiado, vez que outro Poder tomaria ciência da outorga de incentivos, podendo criar condições necessárias à melhor escolha e identificar eventuais vícios na seleção.

Veja-se que aqui o princípio da impessoalidade e da legalidade se conjugam, de modo a construir uma dupla proteção contra abusos no âmbito da atividade fomentadora.¹⁸¹

Santamaría Pastor adverte que a atividade promocional “tem sido tradicionalmente alérgica” ao princípio da legalidade, em virtude de não possuir natureza limitativa de direitos dos particulares. Entretanto, no entendimento do autor, se por um lado não há restrição de direitos ao particular incentivado, por outro, os demais particulares ficam numa situação de desigualdade que não pode ser ignorada.¹⁸²

Moncada traz o verdadeiro significado da discussão ao identificar quais interesses são protegidos mediante a adoção de cada uma das posições. De fato, se se entende que a intervenção do legislador é necessária, admite-se que “a predeterminação legislativa dos comportamentos administrativos (...) funciona sempre como um limite para a liberdade da Administração e consequentemente como garantia das posições jurídicas dos particulares”, sendo “consequência de uma visão democrática alargada das relações entre a Administração e a lei vendo nesta a forma normal de corporização da decisão de política econômica”. Entretanto, se se dispensa a atividade legislativa particular e concreta para a concessão dos benefícios, a Administração, podendo agir com maior liberdade, pode “responder mais cabalmente à diversificação das exigências da prática”, devendo-se admitir que tal opção traz

¹⁸¹ Para Livia Maria Zago, os dois princípios se ligam na medida em que a lei deve ser sempre impessoal, objetiva. A partir do momento em que o princípio da impessoalidade se mostra como chave na discussão sobre o desvio de finalidade ou o excesso de poder, e reconhecendo-se que a atividade administrativa está adstrita à legalidade, a conjugação dos dois princípios fica evidente. ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *Ibidem*, p. 349-350.

¹⁸² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Ibidem*, p. 349. Tradução livre.

a desvantagem da “ausência de um esclarecido controle parlamentar sobre o rumo que aquela imprime à sua política de fomento”¹⁸³.

Diante desse panorama, entende o professor português que a previsão legislativa é necessária porque a atividade prestativa da Administração tem adquirido um papel cada vez mais relevante na sociedade, não podendo ficar sem tratamento legal. Também argumenta no sentido de que o fomento por vezes acaba sendo responsável pela concretização de direitos fundamentais, âmbito no qual o papel principal deve caber ao legislador.¹⁸⁴

Em nosso país, há exigência de lei específica para as formas de fomento que impliquem desonerações tributárias, sendo que tal previsão tem assento constitucional no artigo 150, parágrafo 6º, do Texto Maior.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

A necessidade é estendida para outras formas de fomento em outros diplomas jurídicos, como na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) e na Lei nº 4.320/64.

A destinação de recursos públicos para o setor privado vem regida pelos artigos 26 a 28 da LRF, havendo previsão específica quanto à necessidade de lei especial para o repasse de recursos para “cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas”, com exceção dos casos em que a concessão de benefícios é feita pelas instituições financeiras e pelo Banco Central do Brasil. Como a previsão se aplica apenas aos casos de pessoa jurídica deficitária, e se levando em consideração que em geral as entidades a serem fomentadas passam por critérios de seleção que impedem a escolha de entidades em más condições, a previsão tem aplicação restrita no âmbito da atividade de fomento.

Já a Lei nº 4.320/64 trata do assunto nos artigos 19 e 21, que dispõem tanto que “a Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial”, como que “a Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos”.

¹⁸³ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 504-505.

¹⁸⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 505-506.

¹⁸⁵ Art. 150, § 6º - “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”.

¹⁸⁶ A necessidade de autorização legal para a concessão de isenção tributária também é prevista no art. 176 e seguintes da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

Quanto à necessidade de previsão legal especial especificamente quanto às subvenções, auxílios e contribuições, deve o leitor se remeter às anotações feitas no tópico 2.2.1.

Cabe ainda anotar que várias leis e Constituições estaduais, como a LC nº 30-79/GO, exigiram a autorização prévia do Legislativo para a celebração de convênios. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente que a regra da Constituição Estadual que exige prévia autorização da Assembleia Legislativa para a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, “fere o princípio da independência dos Poderes, extravasando das pautas de controle externo constantes da Carta Federal e de observância pelos Estados”¹⁸⁷. Rodrigo Pagani de Souza resume os argumentos jurisprudenciais em basicamente dois, a saber: (a) a exigência de análise específica do caso concreto para a aprovação dos convênios é atividade própria do administrador e não do legislador; (b) a necessidade de autorização legislativa prévia a cada acordo tornaria ineficiente a atuação da Administração.¹⁸⁸

Veja-se, contudo, que a inexigibilidade de autorização legislativa prévia para a formação de convênio entre a Administração e os particulares não retira o poder do Legislativo e dos Tribunais de Contas para o controle do uso do dinheiro público realizado pelos entes privados, conforme o teor do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal.¹⁸⁹ Igualmente, não dispensa o cumprimento de leis gerais sobre a concessão dos benefícios, particularmente das leis orçamentárias, como visto no tópico precedente.

Longe de se opinar pela conveniência ou necessidade de prévia autorização legislativa para a instituição de relações de fomento, ainda mais diante da ambiguidade de soluções adotada pelo ordenamento brasileiro ante os diversos instrumentos de incentivo, resta concluir que a solução deve necessariamente se atentar às orientações decorrentes do princípio da impessoalidade, mais bem observado quando há previsão legal específica.

Todavia, ressalva Moncada que “se é defensável, e desejável, o referido entendimento alargado da reserva de lei, nunca ele poderá ser tão intenso que possa eliminar por completo a presença da discricionariedade (...) em amplas zonas da atividade administrativa”, concluindo que o nível máximo de concretude que a lei deve chegar se

¹⁸⁷ Nesse sentido, acórdão das ADIs nº 342/PR e 676/RJ e Rp 1024/GO.

¹⁸⁸ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Ibidem*, p. 120.

¹⁸⁹ Art. 70 – Parágrafo: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

restringe à previsão de “critérios objetivos de avaliação, quantificação, modo, destinatários, etc. dos subsídios”¹⁹⁰.

3.1.3 Licitação

Na primeira acepção atribuída ao princípio da impessoalidade, viu-se que há a garantia da “ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçãoada a seu modelo, pensamento ou vontade”¹⁹¹.

Sendo assim, a realização de licitação para escolha do ente que formará parceria com o poder público é medida que se impõe ante a necessidade de observância do citado princípio e da previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.¹⁹²

Tal afirmação é pacífica quando se tratam de parcerias entre a Administração e entes privados baseadas em contratos administrativos, em que o Estado age imbuído de seu poder de império e na prerrogativa de uso das chamadas cláusulas exorbitantes. Entretanto, quando se pensa em parcerias formadas mediante convênios ou instrumentos semelhantes, em que o Estado e o ente se associam mediante acordo firmado em posição jurídica de igualdade, como é o caso das relações de fomento, alguma controvérsia tende a surgir.

Perceba-se que, em verdade, a questão cinge-se em duas, pois não só o momento de escolha do ente fomentado exige análise sobre eventual incidência do princípio da impessoalidade, mas também a ocasião da escolha, pelo fomentado, de outras entidades e empresas com as quais celebrará contrato para executar as tarefas previstas no instrumento que instituiu a relação fomentadora. Iniciaremos a análise pelo estudo da primeira questão.

Se o instrumento usado é o convênio ou repasse, o Decreto nº 6.170/2007, com redação de 2011, prevê a obrigatoriedade de processo administrativo para a escolha do fomentado, mediante “chamamento público”.¹⁹³ O mesmo ocorre no caso de celebração de

¹⁹⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ibidem*, p. 507.

¹⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 147.

¹⁹² A redação do dispositivo é a seguinte: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹⁹³ Art. 4º - “A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de

termo de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cujo regramento administrativo, previsto no Decreto nº 3.100/1999, também com redação de 2011, estabelece que a escolha da OSCIP se realizará mediante publicação de edital de concursos.¹⁹⁴ Já o regramento dos contratos de gestão para formação de parceria com as Organizações Sociais não prevê disposições parecidas, limitando-se a Lei nº 9.637/98 a, no *caput* do seu artigo 7º, estabelecer que a elaboração do contrato de gestão respeitará o princípio da impessoalidade, entre outros.

Veja-se que, nos dois primeiros casos, a obrigatoriedade de realização de procedimento visando à escolha dos entes a serem fomentados só foi estabelecida em 2011. Em ambas as situações, havia anteriormente apenas previsão que facultava a realização de tais procedimentos. Tantas foram as críticas doutrinárias, os desvios ocorridos e as mudanças de orientação das decisões dos Tribunais de Contas que a questão foi pacificada mediante a exigência de procedimento licitatório simplificado para a formação das referidas parcerias. Ainda que boa parte dos questionamentos tenham se resolvido mediante tais previsões, a problemática subsiste, vez que foram várias as vozes que se levantaram exigindo a obediência integral à Lei nº 8.666/93,¹⁹⁵ enquanto outras se posicionaram contra qualquer tipo de regime de escolha.¹⁹⁶

Ademais, ambas as disposições foram trazidas por Decreto, podendo-se questionar a sua validade frente as disposições constitucionais e legais.

Rodrigo Pagani de Souza suscitou os problemas dessa ausência de tratamento legal, criticando a instabilidade das normas infralegais, que podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo pelo Poder Executivo, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, ferindo a segurança jurídica. Por outro lado, “se um obstáculo normativo surge para destinar recursos a esta ou aquela entidade, para executar uma política pública, o Poder Executivo

projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. § 1º Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios” O parágrafo segundo prevê hipóteses de dispensa do procedimento.

¹⁹⁴ Art. 23 – “A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria. § 1º Deverá ser dada publicidade ao concurso de projetos, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria, bem como no Portal dos Convênios a que se refere o art. 13 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007”. O parágrafo segundo também prevê hipóteses de dispensa do procedimento.

¹⁹⁵ É o posicionamento de Leon Frejda Szklarowsky e Antonio Roque Citadini, conforme VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 247-248 (ver *infra*).

¹⁹⁶ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Aperfeiçoamentos necessários ao sistema de controle público sobre as entidades do Terceiro Setor. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115

pode simplesmente suprimir o obstáculo, alterando parcialmente a disposições que regem a própria conduta”¹⁹⁷.

Vejam-se quais são os posicionamentos acerca da matéria.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 116, afirma que suas disposições são aplicáveis, no que couber, a “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. A partir disso, alguns autores sustentaram a sua aplicação integral à formação das relações de fomento, na ausência de legislação específica que fizesse a necessária compatibilização.

Outros autores, entretanto, como Fernando Borges Mânica, entendem que a referida lei é incompatível com a formação de parcerias que possuam determinados objetos, pois os regimes de contratação nela regulamentados (empreitada e tarefa) não são adaptáveis à prestação de certos serviços, como os de saúde. Ademais, também a “necessidade de critérios específicos para a fiscalização e controle da prestação dos referidos serviços” não é atendida pela Lei.¹⁹⁸

Outra corrente aduz que a exigência de realização de procedimentos licitatórios, ainda que simplificados, representa um risco à própria noção de subsidiariedade do Estado, o que arruinaria a última Reforma Administrativa brasileira. Os autores que seguem esse entendimento afirmam que tais procedimentos tirariam da Administração a tão almejada flexibilidade, impondo indevidamente aos privados parâmetros de atuação eminentemente públicos. Com tais exigências, a Administração seria incapaz de conseguir firmar parcerias rapidamente, o que é necessário em determinadas áreas essenciais e cuja modificação é constante, como na saúde e na pesquisa. Segundo Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, a abertura a outros modelos de prestação de serviços não se presta à violação dos preceitos constitucionais, mas a “um processo natural de experimentação e busca de alternativas para suprir uma necessidade real, a capacidade de produzir resultados para a sociedade, que o modelo de direito público *stricto sensu* com suas características não é capaz de suportar”¹⁹⁹.

Fernanda Amorim Sanna aduz expressamente que “não seria razoável estabelecer um procedimento licitatório para a escolha de entidades privadas sem fins lucrativos para a

¹⁹⁷ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Ibidem*, p. 115.

¹⁹⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Seleção de pessoal e regime de gestão das entidades privadas em parceria com o setor público na área de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 167.

¹⁹⁹ CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*, p. 115

celebração de convênio”²⁰⁰. Para a autora, muitas vezes as entidades já realizam os serviços e só buscam o fomento estatal para continuar a prestá-los, sendo que às vezes a entidade é a única a desenvolver a atividade desejada pelo Poder Público. Nesses casos, não haveria motivo para se realizar seleção. Ainda aduz a autora que, se existem várias entidades que prestam ou podem prestar o serviço, o Poder Público está obrigado a formar convênio com todas elas, ante a demanda por serviços existente no país e para que reste atendido o princípio da igualdade.

Não há como concordar com esse posicionamento. De fato, ainda que a formação de parceria com todas as entidades que se mostrem sérias seja um meio de atendimento ao princípio da impessoalidade, a escassez de recursos públicos e a necessidade de observância de outros princípios administrativos impedem a adoção dessa solução.

A maior parte da doutrina concorda com a exigência de um processo simplificado de escolha dos entes a serem fomentados, para que se respeite o princípio da isonomia e se garanta a parceria com o ente que ofereça melhor proposta ao Poder Público. “Buscar a proposta mais vantajosa implica instaurar um processo competitivo no qual a proposta vencedora seja a que melhor atende o interesse público, inclusive do ponto de vista da economicidade”, nas palavras de José Anacleto Abduch Santos. Assevera a autor que, por outro lado, observar o princípio da isonomia implica oportunizar, a quem tiver legítimo interesse, a formação de relações das quais “possa auferir legítimos ganhos econômicos em decorrência da gestão de recursos públicos”²⁰¹.

Tarso Cabral Violin, em abrangente estudo sobre o tema, dividiu o entendimento da doutrina sobre a questão em três grupos: necessidade da licitação para celebração de convênios, contratos de gestão e termos de parceria.

Segundo o autor, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Toshio Mukai, Marcos Juruena Villela Souto, Pedro Durão e Dalton Santos Moraes já entendiam, antes da previsão do referido Decreto, ser desnecessária a licitação para celebração de convênios. Cita, ainda, Leon Frejda Szklarowsky e Antonio Roque Citadini, para quem os convênios estariam plenamente submetidos à Lei nº

²⁰⁰ SANNA, Fernanda Amorim. O Preconceito do Sistema das Subvenções na Sistemática dos Convênios e Termos de Parceria. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 230.

²⁰¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 296.

8.666/93.²⁰² O autor, por sua vez, conclui que “não é necessária a realização de licitação prévia aos convênios”, ressalvando que deve “ser realizado procedimento de seleção, respeitados os princípios aplicáveis à Administração Pública como o da isonomia, publicidade, moralidade, quando várias entidades, em situação de igualdade, forem interessadas em conveniar com o Poder Público”²⁰³.

Já quanto aos contratos de gestão realizados com organizações sociais, predomina o entendimento da necessidade de prévia licitação. Tarso Cabral Violin, concordando com os entendimentos de Marçal Justen Filho, René Chapus e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, aduz que tal necessidade só restaria afastada nos casos de dispensa e inexigibilidade trazidos pela lei²⁰⁴ (ver *infra*).

No que se refere aos termos de parceria firmados com OSCIP, Tarso Cabral Violin já afirmava a necessidade de mudança na legislação para que fossem criados procedimentos mais simples, aduzindo que, na ausência de lei nesse sentido, era necessária a realização de licitação.²⁰⁵

Interessante anotar o posicionamento de Fernando Borges Mânica, que diferencia o tratamento que deve ser dado às OS daquele que deve ser dado às OSCIP, por entender que as entidades do primeiro tipo são verdadeiras delegatárias de serviço público, estando mais próximas de serem regidas pela Lei nº 8.987/95. Já as OSCIP seriam verdadeiras fomentadas, pois atuariam exclusivamente em atividades privadas, ainda que de interesse público. Assim, o regramento geral dessas entidades, na ausência de lei específica, deveria ser, para o autor, o da Lei nº 8.666/93.²⁰⁶

Marçal Justen Filho também entende que a licitação para a escolha de organização social está submetida à Lei nº 8.987/95, dada a proximidade entre tais entidades e os concessionários de serviço público. Para o doutrinador, que também estende tal entendimento às organizações da sociedade civil de interesse público, as organizações sociais devem ser escolhidas mediante o procedimento previsto na citada lei (com especial referência ao seu

²⁰² VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 247-248.

²⁰³ VIOLIN, Tarso Cabral. *Ibidem*, p. 249.

²⁰⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. *Ibidem*, p. 260-261.

²⁰⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. *Ibidem*, p. 270.

²⁰⁶ MÂNICA, Fernando Borges. *Ibidem*, p. 168.

artigo 15)²⁰⁷, porque, assim como os concessionários, existe um particular que se compromete a empreender esforços em proveito de terceiros.²⁰⁸

Cabe fazer uma ressalva com relação ao inciso XXIV da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser dispensável a realização de licitação nos casos de “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Para Cristiana Fortini, a constitucionalidade da previsão só pode ser sustentada se a organização social em questão for a única a prestar o serviço a ser fomentado pela Administração.²⁰⁹

Marçal Justen Filho também adota essa posição, igualmente admitindo ser inexigível licitação para a escolha da organização social no caso de não haver “pluralidade de potenciais interessados em participar da contratação”. Para o autor, a referida regra, se interpretada de modo mais extenso do que o apresentado, violaria não só o postulado da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal, mas também o princípio da isonomia, aduzindo que “se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo”, obedecidos os princípios da objetividade, moralidade e economicidade.²¹⁰

Portanto, pode-se concluir de forma geral que, apesar da instabilidade das normas exaradas mediante fonte normativa administrativa, a simplificação do procedimento licitatório previsto nos Decretos nº 6.170/2007 e 3.100/1999 obedece ao princípio constitucional da licitação e à previsão legal do artigo 116 da Lei nº 8.666/96, que impõe a obediência dos instrumentos de fomento ao seu conteúdo apenas no que couber, sendo o chamamento público e a publicação de editais compatíveis não só com o princípio da impessoalidade, mas também com a eficiência que se espera de convênios, repasses e termos de parcerias.

Cabe ressaltar que com relação às formas de fomento consistentes em isenções e condições tributárias benéficas, em geral não há a necessidade de se realizar licitação, pois os benefícios, quando não são estendidos a todos os participantes de determinado setor econômico – não havendo prejuízos à concorrência, portanto -, dependem do cumprimento,

²⁰⁷ O art. 15 da Lei nº 8.987/95 estabelece os diferentes critérios possíveis de serem utilizados para a escolha do concessionário de serviço público.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 346 e 148.

²⁰⁹ FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 6, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2012. Sobre a constitucionalidade da referida norma, foi proposta a ADI 1923/DF, cuja medida cautelar não foi deferida com base na ausência de *periculum in mora*, não tendo havido ainda julgamento do mérito.

²¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 345-346.

pelo particular, de certos requisitos específicos dispostos em lei, devendo a Administração fomentar todos os particulares que se enquadrarem nos requisitos exigidos e que solicitarem o incentivo previsto.²¹¹

Vencido esse exame, analisar-se-á a necessidade de o ente fomentado realizar licitação para escolher as empresas e entidades que o ajudarão a cumprir o disposto em seu acordo de fomento.

Em geral, as análises são bastante parecidas com as feitas sobre a exigência de licitação para escolha do ente a ser fomentado, de forma que as observações a serem feitas cingir-se-ão aos aspectos diferenciados.

Partindo do entendimento de que o controle dos fomentados deve se limitar ao destino dos recursos repassados, se compatível com a finalidade expressa no termo de cooperação, Carlos Pinto Coelho Motta entende que a exigência constitucional da realização da licitação é um princípio que não se restringe à aplicação da Lei nº 8.666/93, pois tal princípio teria um fundamento mais lato na “economicidade e impessoalidade inerentes à concepção republicana”, sugerindo, por esse motivo, a aplicação do princípio às entidades privadas gestoras de recursos públicos através de ritos simplificados.²¹² Assim, o autor exemplifica que essas entidades poderiam adotar procedimentos como a consulta de preços, a inversão de fases entre a análise da proposta e a habilitação e a disputa verbal, em analogia ao pregão. Para o doutrinador, “os questionamentos acadêmicos cedem, portanto, lugar à concreta redução das rotinas e aos bons resultados no que tange à eficiência”.

Já Rodrigo Pagani de Souza faz uma ampla análise histórica do desenvolvimento dos entendimentos sobre a questão, mostrando as contradições da jurisprudência do Tribunal de Contas da União no que tange essa matéria.²¹³

Especificamente com relação aos convênios, o Decreto nº 6.170/2007 exige “no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato” (artigo 11). Já a Lei nº 9.637/98, em seu artigo 17, no que tange às OS, e a Lei nº 9.790/99, artigo 14, no tocante às OSCIP, previram a edição de “regulamento próprio” pelas entidades no que diz respeito às contratações em seu âmbito interno. Entretanto, o Decreto nº

²¹¹ É essa a previsão do arts. 176 e 179 do Código Tributário Nacional: Art. 176, *caput* – “A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração”; Art. 179, *caput* - “A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão”.

²¹² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Ibidem*.

²¹³ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Ibidem*, p. 132-135.

5.504/2005 exige que ambas as entidades realizem pregão para a contratação de despesas com recursos públicos, afrontando as normas legais.²¹⁴

No entender de José Anacleto Abduch Santos, as previsões legais não violam os preceitos da administração gerencial, visto que não só conferem eficácia aos princípios constitucionais, como também mostram a compatibilização entre procedimentos típicos da administração pública e a administração privada.²¹⁵

Já trazido o entendimento de Fernando Borges Mânica sobre a diferenciação entre os tratamentos dispensados às OS e às OSCIP, vale anotar a sua opinião sobre o tema. Para ele, é inexistente que a OS realize licitação, pois, “ao transferir a gestão de um serviço ao particular, o Estado transfere-lhe também a liberdade para a escolha dos melhores modelos de prestação dos serviços”, concordando com a possibilidade de tal exigência no que tange às OSCIP, pois a atividade, nesse caso, continuaria sendo privada, já havendo controle anterior, pois “o incentivo depende do preenchimento de requisitos pela entidade para que ela faça jus ao benefício oferecido pelo Estado”²¹⁶.

Note-se, entretanto, que na incompatibilidade entre as previsões legais e a do Decreto nº 5.504/2005, devem prevalecer as primeiras, não só pela hierarquia formal entre os instrumentos normativos, mas também pela maior flexibilidade deixada às entidades, que poderiam inclusive adotar outros processos de seleção simplificada que melhor atendam ao princípio da impessoalidade, entendendo-se a modalidade do pregão como o mínimo a ser observado.

3.1.4 Responsabilidade do Estado fomentador e do ente fomentado

O princípio da impessoalidade, de acordo com a segunda concepção trazida por Maria Sylvia di Pietro, pode ser analisado a partir do ângulo da própria Administração, vez que determina a responsabilização do Estado pelos atos praticados por seus órgãos. Isso porque, nas palavras de José Afonso da Silva, “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte

²¹⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Ibidem*, p. 135.

²¹⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Ibidem*, p. 301-302.

²¹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. *Ibidem*, p. 169.

que não é ele o autor institucional do ato”. Entretanto, como bem notado pelo doutrinador, a individualização do agente deve ocorrer quando há ação ou omissão danosa, de modo que seja possível identificar o responsável e fazê-lo responder perante a Administração.²¹⁷

Portanto, a regra estabelecida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, pode ser entendida como uma decorrência do princípio da impessoalidade.²¹⁸

Como já visto, o Estado não pode ser responsabilizado se, por ventura, deixar de fomentar algumas das atividades previstas no plano como preferenciais para o recebimento de incentivo, visto que a sua atuação nesse sentido é discricionária. O caráter indicativo do plano em relação à iniciativa privada impede, inclusive, que os particulares exijam a implementação das medidas de fomento. Ademais, parcela respeitável da doutrina entende que a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão é subjetiva.²¹⁹ Sendo assim, num contexto de escassez de recursos públicos e de atuação conforme a reserva da possível, dificilmente seria sustentável a culpa do Estado na sua omissão.

Entretanto, uma vez escolhida a entidade a ser beneficiada e cumprindo ela as exigências necessárias para o recebimento dos incentivos, institui-se a relação de parceria, que deverá se reger estritamente pelas regras previstas no instrumento institucionalizador do acordo. Daí decorre a necessidade de formação de instrumento abrangente e claro, capaz de prever situações de necessária suspensão da parceria e a responsabilidade que cabe a cada parceiro no caso de ocorrência de danos a terceiro usuário do serviço fomentado.

Para Lúcia Valle Figueiredo, após a seleção da entidade, a Administração passa a ter o dever não só de pôr à disposição do fomentado o benefício ou o incentivo prometido, mas também de fiscalizar a atividade desenvolvida pela entidade. Nas palavras da professora, “se isso não fizer, estará, sem dúvida, sujeita à responsabilização, pois estará, indevidamente, ocasionando prejuízo à comunidade, ou simplesmente, a alguns indivíduos que também se dedicam àquele tipo de negócio e sofrem concorrência desleal”²²⁰.

Por outro lado, se o Estado fomenta a atividade de algum particular sem atender aos princípios que regem a Administração Pública, por exemplo, selecionando alguma entidade

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 667-668.

²¹⁸ Art. 37, § 6º - “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

²¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 654-657. O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem entendido que a responsabilidade estatal é objetiva mesmo nos casos de omissão do Poder Público. Nesse sentido, ver o RE 603.626/MS e o ARE 655.277/MG.

²²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A atividade de fomento e a responsabilidade estatal. In: *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 47.

que não preenche os requisitos necessários para ser beneficiada, há responsabilidade extracontratual advinda da sua ação. Note-se que, segundo a previsão constitucional citada, a responsabilidade é objetiva, não cabendo a inquirição sobre eventual culpa na atuação da Administração.²²¹

De fato, pela adoção da teoria do risco empreendida em nossa Constituição, a atuação administrativa consistente tanto na seleção da entidade sem que os critérios legais sejam observados, como a ausência de fiscalização da atuação desses particulares, são atuações ilícitas da Administração²²² causadoras de dano específico e anormal, vez que atingem os concorrentes do particular indevidamente beneficiado, sendo que tal prejuízo supera os inconvenientes naturais à vida em sociedade.²²³

André Luiz Freire elenca outras hipóteses em que o Estado pode ser responsabilizado em virtude da sua atuação promocional. Além da responsabilidade subsidiária à das organizações sociais, como se verá mais abaixo, para o autor, também cabe ao Poder Público responder objetivamente quando há mudança de planos e subjetivamente quando há omissão na fiscalização da atividade fomentada.²²⁴

No caso da mudança de planos, seguindo a lição de Almiro do Couto e Silva e representando a corrente minoritária da doutrina, o autor entende que se a oferta de benefícios e incentivos aos particulares foi de tal forma incisiva, a violação das promessas constitui violação do princípio da boa-fé, cabendo indenização quanto aos danos emergentes.²²⁵ Por outro lado, há culpa da Administração se ela deixa de fiscalizar os recursos repassados aos entes privados, podendo ser responsabilizada subjetivamente se houver danos a terceiros.²²⁶

O prejuízo aos concorrentes do particular, entretanto, não é o único. Com efeito, com a inobservância dos parâmetros para a atuação fomentadora, a sociedade como um todo é afetada, vez que recursos públicos são erroneamente empregados. Esse dano deve ser corrigido mediante a aplicação dos preceitos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que determina a perda dos bens indevidamente adquiridos e o pagamento de multa pelo agente público responsável pelo ato. Cabe lembrar que o artigo 11 da citada Lei

²²¹ Apesar da extensão constitucional dada à responsabilidade do Estado, no desenvolvimento da atividade fomentadora causadora de dano advindo da escolha do setor a ser fomentado ou da entidade beneficiada normalmente há dolo ou culpa.

²²² Cabe lembrar que o Estado pode responder mesmo se a sua atuação for lícita.

²²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 646.

²²⁴ FREIRE, André Luiz. Responsabilidade Patrimonial na Atividade Administrativa de Fomento. In: *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 184.

²²⁵ Perceba-se que a opinião do autor é diferente da da maioria da doutrina, para quem não há responsabilidade pela mudança de planos da Administração, dado o caráter discricionário do seu cumprimento.

²²⁶ FREIRE, André Luiz. *Ibidem*, p. 184-185.

considera ato de improbidade inclusive a atuação contrária aos princípios que regem a Administração Pública, inclusive a “imparcialidade”²²⁷.

Cabe lembrar que o agente responsável pela ação danosa responde ainda através de direito de regresso cabível ao Estado quando da apuração da sua responsabilidade civil.

Vista a questão da responsabilidade do Estado quanto à atividade de fomento, resta analisar qual o regime de responsabilidade cabível às entidades fomentadas no desenvolvimento de suas funções.

A questão não suscita muitos problemas se o sujeito fomentado atua na atividade empresarial. De fato, nesse caso, não há dúvidas de que o regime jurídico a que está submetida a entidade é o de direito privado, havendo ingerência do regime publicístico apenas e tão somente naquilo que diz respeito aos benefícios concedidos pelo Estado. Assim, por exemplo, tais empresas devem prestar contas aos Tribunais de Contas e permitir o controle previsto no acordo de parceria pelo órgão fomentador. Por outro lado, se, no desenvolvimento de suas atividades, a empresa causar dano a terceiros, responderá segundo o regime privado de responsabilidade civil, de ordem subjetiva.²²⁸

Entretanto, se o ente fomentado pertencer ao terceiro setor, a questão fica controvertida. Com efeito, a discussão reside na determinação da extensão da aplicação do regime publicístico às entidades privadas que não buscam fins lucrativos. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “é problemático determinar exatamente as regras de direito público que serão aplicáveis, o que gera problemas práticos de grande relevo. Afigura-se, no entanto, que tais dificuldades somente poderão ser solucionadas de modo preciso por via da edição de regras legais”²²⁹. Entretanto, na ausência de previsão legal sobre muitos dos questionamentos advindos da atividade dessas entidades, cabe à doutrina tentar delinear os contornos do problema.

O fato de o Poder Público incentivar a atuação privada não significa a transferência das suas atividades, pois que “o particular continua no domínio privado econômico-social”. Por isso, é de se seguir o entendimento de André Luiz Freire, para quem a responsabilidade

²²⁷ Ressalte-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de que os agentes políticos não estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, vez que tais agentes já respondem por crime de responsabilidade nos termos da Lei nº 1.079/50 ou do Decreto-Lei 201/67, incidindo a aplicação daquela Lei em “*bis in idem*”. Nesse sentido: “O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 579.799 AgR, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 02/12/2008).

²²⁸ São exceção os casos em que a relação entre a empresa e o cliente puder ser classificada como consumerista, sobre a qual incidem as regras do art. 12 e seguintes da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que estabelecem o regime de responsabilidade objetiva.

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

dos entes fomentados, de forma geral, reger-se-á pela legislação civil, não tendo o Estado qualquer responsabilidade, nem mesmo subsidiária.²³⁰

Assim, o particular responde pelo uso do dinheiro público, mas a sua responsabilidade diante dos usuários do serviço é regida pelo direito privado.

Dentro das entidades do terceiro setor, todavia, deve-se fazer nova distinção, visto que a regra da Constituição Federal prevê que apenas as entidades privadas que prestam serviços públicos responderão de forma objetiva pelos danos causados. Nesse sentido, as atividades das organizações sociais precisam ser analisadas com mais detalhe.

Como visto, Fernando Mânica entende que tais entidades prestam reais serviços públicos, emprestando-lhes, inclusive, regência pela Lei nº 8.987/95. A sua orientação não é isolada na doutrina. Maria Sylvia di Pietro identifica o âmbito de atuação das referidas entidades como “serviços públicos sociais”, diferenciando-os dos “serviços públicos em sentido estrito”, de titularidade exclusiva do Estado,²³¹ admitindo, contudo, a caracterização como serviços públicos.

Veja-se, ainda, que a Lei nº 9.637/98 previu, em seu artigo 20, a criação do Programa Nacional de Publicização (PNP), intencionando transferir as atividades dos órgãos públicos para as Organizações Sociais naquilo que fosse de competência dessas entidades. O que se percebe, portanto, é que as OS têm por função ocupar um espaço inicialmente destinado às prestações pelo Estado.

É por essa razão que parcela razoável da doutrina vem entendendo pela aplicação do regime da responsabilidade objetiva no desenvolvimento das atividades das Organizações Sociais. Cristiana Fortini apresenta a questão nos seguintes termos:

A organização social age como se o Estado ali estivesse, age em substituição ao Poder Público de forma a atender à sociedade no que se relaciona à prestação dos serviços de saúde e educação (além de outros). Se o Estado reconhece a sua incapacidade de bem prestar os serviços públicos sociais e vislumbra nas organizações sociais melhor forma de fazê-lo, não há como enquadrar tais entidades no mesmo rol que abarca as demais pessoas jurídicas de direito privado cuja atenção igualmente ocorre na área de serviços sociais, visto que estas últimas não têm o propósito de desonerar o Estado.²³²

²³⁰ FREIRE, André Luiz. *Ibidem*, p. 179.

²³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 269.

²³² FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 6, jun./jul./ago. 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

A posição também é adotada por Carolina Zancaner Zockun, vez que, para a autora, o usuário não pode ser prejudicado se o Estado resolve se desincumbir de atividades que lhe foram constitucionalmente atribuídas, cabendo a este responsabilidade subsidiária.²³³ Marçal Justen Filho sintetiza: “as regras acerca da responsabilidade civil contidas no art. 37, § 6º da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social”²³⁴.

Interessante notar que parece ser essa a própria orientação da Reforma do Estado, vez que o Ministério que levava o mesmo nome, em seu Caderno 2, aduzia que “a desvinculação administrativa em relação ao Estado não deve ser confundida com uma privatização da administração pública”, assim concluindo: “as organizações sociais não serão negócio privado, mas instituições públicas que atuam fora da Administração Pública para melhor se aproximarem de suas clientelas (...)”²³⁵.

Em sentido oposto, José dos Santos Carvalho Filho entende que a organização social responde subjetivamente se o dano decorrer da sua própria ação, com responsabilidade subsidiária do Estado, havendo, entretanto, responsabilidade objetiva se o dano for causado por agente do Estado nas funções previstas no contrato de gestão.²³⁶ Sílvio Luís Ferreira da Rocha também entende que poderá haver responsabilidade objetiva do Estado, de modo solidário com a entidade, se o dano tiver sido provocado por servidor público cedido à OS.²³⁷

Vale lembrar que os responsáveis pela entidade fomentada, de qualquer tipo, também estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, em virtude da previsão do artigo 1º, *caput* e parágrafo primeiro,²³⁸ podendo ser responsabilizados por atos que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios regentes da Administração.

²³³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 34.

²³⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997, p. 15.

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 155.

²³⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor. 2 ed. rev. e aum.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

²³⁸ Art. 1º - “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, pode-se concluir que, embora a doutrina brasileira não tenha se apercebido dos problemas decorrentes da ausência de aprofundamento dos estudos sobre o fomento, as problemáticas que podem surgir no desenvolvimento de tal atividade, não só durante o processo de escolha dos beneficiados, mas também no curso da relação fomentadora, podem levar ao desperdício de dinheiro público, ao nepotismo, à improbidade administrativa etc.

É por tal razão que a aplicação do princípio da impessoalidade ao controle do fomento adquire importância. Como visto, em alguns casos sequer há previsão legal de como conduzir o processo de seleção das entidades fomentadas ou quais parâmetros devem ser utilizados no controle de suas atividades. Em tais situações, o princípio da impessoalidade serve como orientador para a adoção de soluções, vedando a ocorrência de privilégio indevido a determinados particulares e impedindo que as entidades fomentadas sejam utilizadas pelo poder público como forma de escape ao regime de direito público. Em outros casos, entretanto, apesar da existência de previsões legais e normativas voltadas à regulação do fomento, o caráter duvidoso de sua constitucionalidade e legalidade, respectivamente, exigem que as suas disposições sejam analisadas através dos filtros hermenêuticos principiológicos, ganhando destaque nesse papel o princípio da impessoalidade.

É nesse sentido, portanto, que o controle da Administração Pública, com relação à atividade estatal de fomento ou à atividade desenvolvida pelo fomentado, tem na impessoalidade um importante instrumento para a análise das soluções adotadas. Tanto o controle externo como o interno, seja ele prévio, concomitante ou posterior, independentemente de quem seja o órgão ou entidade responsável pela fiscalização, podem se valer do princípio da impessoalidade para exigir a adoção de comportamentos que sejam consentâneos com a igualdade, impedindo o favorecimento de setores que não sejam identificados pelo povo como prioritários, evitando a concessão de certos privilégios sem autorização legal, proibindo a escolha dos beneficiados sem processo que atente para a igualdade entre os disputantes e vedando a fuga do Poder Público da regência do direito público através do uso de entidades fomentadas.

Desse modo, o presente trabalho não teve por pretensão apresentar soluções finais e estanques, mas apenas indicar nortes interpretativos que podem ser subsumidos do princípio constitucional da impessoalidade para os problemas que o controle da Administração Pública pode enfrentar quando aplicado à atividade de fomento.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALCOFORADO, Flávio; MORAES, Tiago Cacique. A responsabilização na gestão das políticas públicas e a contratualização com organizações sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 fev. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATAÍDE, Augusto de. *Elementos para um curso de direito administrativo da economia*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1970.

ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antonio de Sousa; BEREJO, Álvaro Rodrigues. Ministério Público partícipe do Tribunal de Contas e controle substancial ou de mérito. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p. 167-187, jul./set. 1991.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública: para uma administração parcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Função controlada do Tribunal de Contas. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 99, p.160-166, jul./set. 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador,

Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1968. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>. Acesso em: 30 jun. 2012.

BRASIL. Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 30 de junho de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. Decreto n. 4.418, de 11 de outubro de 2002. Aprova novo Estatuto Social da empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418.htm>. Acesso em: 03 mar. 2012.

BRASIL. Decreto n. 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 ago. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM>. Acesso em: 01 abr. 2012.

BRASIL. Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 jul. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em: 11 jul. 2012.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.170, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 03 mar. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 mai. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de

Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.465, de 12 de agosto de 2011. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2012 e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12465.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 12.465, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do estado*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 39/40, p. 5-19, jul./dez. 1976.

COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento econômico. *Revista de Direito Público*, nº 63.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Aperfeiçoamentos necessários ao sistema de controle público sobre as entidades do Terceiro Setor. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A atividade de fomento e a responsabilidade estatal. In: *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 6, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

FREIRE, André Luiz. Responsabilidade Patrimonial na Atividade Administrativa de Fomento. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARRIDO FALA, Fernando; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GORDILLO, Agustin. Problemas del control de la Administración Pública en América Latina. *Cuadernos Cívitas*. [S.l]: [s.n], 1981.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1965.

MÂNICA, Fernando Borges. Seleção de pessoal e regime de gestão das entidades privadas em parceria com o setor público na área de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 23, p. 32-39, jan./mar. 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o princípio da isonomia. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MENDONÇA, Maria Lírida. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: UNIFOR, 2008.

MENTEN, Arthur Scatolini. Controle da Intervenção do Estado no Domínio Social. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma>. PDF>. Acesso em: 15 jul. 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Económico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Económico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte introdutória, parte geral, parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. As Leis de Licitação e de Responsabilidade Fiscal em seus Aspectos de Transparência, Controle e Fiscalização. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 8, dez. 2006/jan./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Vertentes na Estrutura da Contratação das Entidades Privadas, beneficiadas com Recursos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Económico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, ago./set./out. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2012 e 12 mar. 2012.

NÓBREGA, Marcos. O Controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: Uma Visão Crítica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out., nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca: Ratio Legis, 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho publico económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, Madrid, El Instituto, v. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949, p. 46. Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=3&IDN=445&IDA=7421>. Acesso em: 20 fev. 2012.

REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 32, p. 5-17, nov./dez. 1974.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANNA, Fernanda Amorim. O Preconceito do Sistema das Subvenções na Sistemática dos Convênios e Termos de Parceria. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. V. II. 2ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Montevideu: [s.n.], 1959.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Juliana Sberze Pacheco. *Planejamento econômico e Fomento Público: Instrumentos para o desenvolvimento nacional*. 2008. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SOHN, Hassan. *A questão da autonomia privada nos contratos de gestão das organizações sociais*. 2004. 58 f. Monografia de Especialização – Curso de Especialização em Direito Contratual Empresarial, Universidade Federal do Paraná, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área da saúde. In: Modesto, Paulo; Cunha Júnior, Luiz Arnaldo Pereira da. *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107-139.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. Barueri: Manoele, 2005, p. 165.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.